

نَفَقَةُ الزَّوْجَةِ واجبة بالكتاب والسنة والإجماع ؛ أمّا الكتابُ فقولُ الله تعالى : ﴿ لِيُنْفِقْ ذُو سَعَةٍ مِنْ سَعَتِهِ وَمَنْ قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُنْفِقْ مِمَّا آتَاهُ اللَّهُ لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا مَاءً آتَاهَا ﴾ ^(١) . ومعنى : ﴿ قُدِرَ عَلَيْهِ ﴾ أى : ضيق عليه . ومنه قوله سبحانه : ﴿ يَنْسُطُ الرِّزْقَ لِمَنْ يَشَاءُ وَيَقْدِرُ ﴾ ^(٢) . أى : يُوسِّعُ لِمَنْ ^(٣) يَشَاءُ ، وَيُضَيِّقُ عَلَى مَنْ يَشَاءُ . وقال الله تعالى : ﴿ قَدْ عَلِمْنَا مَا فَرَضْنَا عَلَيْهِمْ فِي أَزْوَاجِهِمْ وَمَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ ﴾ ^(٤) . وأمّا السنةُ فما روى جابرٌ ، أن رسولَ الله ﷺ خطبَ الناسَ ، فقال : « اتَّقُوا اللَّهَ فِي النِّسَاءِ ، فَإِنَّهُنَّ عَوَانٌ عِنْدَكُمْ ، أَخَذْتُمُوهُنَّ بِأَمَانَةِ اللَّهِ وَاسْتَحْلَلْتُمْ فُرُوجَهُنَّ بِكَلِمَةِ اللَّهِ ^(٥) ، وَلَهُنَّ عَلَيْكُمْ رِزْقُهُنَّ وَكُسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ » . رواه مسلمٌ ، وأبو داود ^(٦) ، ورواه الترميذى ^(٧) ، بإسناده عن عمرو بن الأَخوصِ ، وقال ^(٨) : « أَلَا إِنَّ لَكُمْ عَلَى نِسَائِكُمْ حَقًّا ، وَلِنِسَائِكُمْ عَلَيْكُمْ حَقًّا ؛ فَأَمَّا حَقُّكُمْ عَلَى نِسَائِكُمْ ، فَلَا يُوطِئَنَّ فُرْشَكُمْ مَنْ تَكْرَهُونَ ، وَلَا يَأْذَنَنَّ فِي بُيُوتِكُمْ لِمَنْ تَكْرَهُونَ ، أَلَا وَحَقُّهُنَّ عَلَيْكُمْ أَنْ

(١) سورة الطلاق ٧ .

(٢) سورة الرعد ٢٦ .

(٣) فى م : « على من » .

(٤) سورة الأحزاب ٥٠ .

(٥-٥) فى ١ : « بكلمات الله » . ولم يرد لفظ الجلالة فى : ب ، م .

(٦) تقدم تخريجه ، فى : ١٥٦/٥ .

(٧) فى : باب ما جاء فى حق المرأة على زوجها ، من أبواب الرضاع ، وفى : باب ومن سورة التوبة ، من أبواب التفسير .

عارضه الأحمدي ٥ / ١١١ ، ١١ / ٢٢٧ - ٢٣٠ .

كما أخرجه ابن ماجه ، فى : باب حق المرأة على الزوج ، من كتاب النكاح . سنن ابن ماجه ١ / ٥٩٤ .

(٨) سقطت الواو من : ب ، م .

تُحْسِنُوا إِلَيْهِنَّ فِي كُسْوَتِهِنَّ وَطَعَامِهِنَّ» . وقال : هذا حديث حسن صحيح . وجاءت هُندُ إلى رسول الله ﷺ فقالت : يا رسول الله ، إنَّ أبا سُفْيَانَ رَجُلٌ شَحِيحٌ ، وليس يُعْطِينِي مِنَ النِّفْقَةِ مَا يَكْفِينِي وَوَلَدِي . فقال : « خُذِي مَا يَكْفِيكَ وَوَلَدَكَ بِالْمَعْرُوفِ » . مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ^(٩) . وفيه دلالة على وجوب النِّفْقَةِ لها على زَوْجِهَا ، وأنَّ ذلك مُقَدَّرٌ بِكِفَايَتِهَا ، وأنَّ نِفْقَةَ وَلَدِهِ عَلَيْهِ دُونَهَا مُقَدَّرٌ بِكِفَايَتِهِمْ ، وأنَّ ذلك بِالْمَعْرُوفِ ، وأنَّ لها أن تَأْخُذَ ذَلِكَ بِنَفْسِهَا مِنْ غَيْرِ عِلْمِهِ إِذَا لَمْ يُعْطِهَا إِيَّاهُ . وَأَمَّا الْإِجْمَاعُ ، فَاتَّفَقَ أَهْلُ الْعِلْمِ عَلَى وَجُوبِ نَفَقَاتِ الزَّوْجَاتِ عَلَى أَزْوَاجِهِنَّ ، إِذَا كَانُوا بِالْغَيْنِ ، إِلَّا النَّاشِئَ مِنْهُنَّ . ذَكَرَهُ ابْنُ الْمُنْذِرِ ، وَغَيْرُهُ . وَفِيهِ ضَرْبٌ مِنَ الْعِبَرَةِ ، وَهُوَ أَنَّ الْمَرْأَةَ مَحْبُوسَةٌ عَلَى الزَّوْجِ ، يَمْنَعُهَا مِنَ التَّصَرُّفِ وَالْاِكْتِسَابِ ، فَلَا بُدَّ مِنْ أَنْ يُنْفِقَ عَلَيْهَا ، كَالْعَبْدِ مَعَ سَيِّدِهِ .

١٨٠/٨ ظ ١٣٧٩ - مسألة ؛ قال أبو القاسم ، رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى : (وَعَلَى الزَّوْجِ / نِفْقَةُ زَوْجَتِهِ ، مَا لَا غِنَى^(١) بِهَا عَنْهُ^(٢) ، وَكُسْوَتُهَا)

وجملة الأمر أن المرأة إذا سَلِمَتْ نَفْسَهَا إِلَى الزَّوْجِ ، عَلَى الْوَجْهِ الْوَاجِبِ عَلَيْهَا ، فَلَهَا عَلَيْهِ جَمِيعُ حَاجَتِهَا ؛ مِنْ مَأْكُولٍ ، وَمَشْرُوبٍ^(٢) ، وَمَلْبُوسٍ ، وَمَسْكَنِ . قَالَ أَصْحَابُنَا : وَنَفَقَتُهَا مُعْتَبَرَةٌ بِحَالِ الزَّوْجَيْنِ جَمِيعًا ؛ فَإِنْ كَانَا مُوسِرَيْنِ ،^(٣) فَعَلَيْهِ لَهَا^(٣) نِفْقَةُ الْمُوسِرَيْنِ ،

(٩) أخرجه البخاري ، في : باب من أجرى أمر الأمصار على ما يتعارفون ... ، من كتاب البيوع ، وفي : باب إذا لم ينفق الرجل فللمرأة أن تأخذ بغير علمه ما يكفيها وولدها بالمعروف ، من كتاب النفقات . صحيح البخاري ١٠٣/٣ ، ٨٥/٧ . ومسلم ، في : باب قضية هند ، من كتاب الأقضية . صحيح مسلم ١٣٣٨/٣ ، ١٣٣٩ . كما أخرجه أبو داود ، في : باب في الرجل يأخذ حقه من تحت يده ، من كتاب البيوع . سنن أبي داود ٢٥٩/٢ ، ٢٦٠ . والنسائي ، في : باب قضاء الحاكم على الغائب إذا عرفه ، من كتاب القضاة . المجتبى ٢١٦/٨ . وابن ماجه ، في : باب مال للمرأة من مال زوجها ، من كتاب التجارات . سنن ابن ماجه ٧٦٩/٢ . والدارمي ، في : باب في وجوب نفقة الرجل على أهله ، من كتاب النكاح . سنن الدارمي ١٥٩/٢ .

(١) في ١ ، ب : « غناء » .

(٢) سقط من : ١ .

(٣-٣) في م : « فلها عليه » .

وإن كانا مُعْسِرَيْن ، فعليه نفقة المُعْسِرَيْن ، وإن كانا مُتَوَسِّطَيْن ، فلها عليه نفقة المُتَوَسِّطَيْن ، وإن كان^(٤) أحدهما مُوسِرًا ، والآخر مُعْسِرًا ، فعليه نفقة المُتَوَسِّطَيْن ، أيهما كان المُوسِر . وقال أبو حنيفة ، ومالك : يُعْتَبَرُ حَالُ الْمَرْأَةِ عَلَى قَدْرِ كِفَايَتِهَا ؛ لقول الله تعالى : ﴿ وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ ﴾^(٥) . والمعروف الكفاية ، ولأنه سوى بين النفقة والكسوة ، والكسوة على قدر حالها ، فكذلك النفقة ، وقال النبي ﷺ لهند : « تُحْذَى مَا يَكْفِيكَ وَلَدَكَ بِالْمَعْرُوفِ »^(٦) . فاعتبر كفايتها دون حال زوجها ، ولأن نفقتها واجبة لدفع حاجتها ، فكان الاعتبار بما تُدْفَعُ به حاجتها ، دون حال من وجبت عليه ، كنفقة المالك ، ولأنه واجب للمرأة على زوجها بحكم الزوجية لم يُقدَّر ، فكان معتبرًا بها ، كمهرها وكسوتها . وقال الشافعي : الاعتبار بحال الزوج وحده ؛ لقول الله تعالى : ﴿ لِيُنْفِقْ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِ وَمَن قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُنْفِقْ مِمَّا آتَاهُ اللَّهُ لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا مَاءً آتَاهَا ﴾^(٧) . ولنا ، أن فيما ذكرناه جمعًا بين الدليلين ، وعملاً بكلام النصين ، ورعاية لكلام الجانبين ، فيكون أولى .

فصل : والنفقة مقدرة بالكفاية ، وتختلف باختلاف من تجب له النفقة في مقدارها . وهذا قال أبو حنيفة ، ومالك . وقال القاضي : هي مقدرة بمقدار لا يختلف في القلة والكثرة ، والواجب رطلان من الخبز في كل يوم ، في حق الموسر والمُعسر ، اعتبارًا بالكفارات ، وإنما يختلفان في صفته وجودته ؛ لأن الموسر والمُعسر سواء في قدر المأكول ، وما^(٨) تقوم به البنية ، وإنما يختلفان في جودته ، فكذلك النفقة الواجبة . وقال الشافعي : نفقة المُقْتَرِ مُدٌّ بِمُدِّ النَّبِيِّ ﷺ لَأَنَّ^(٩) أَقْلَ مَا يُدْفَعُ فِي^(٩)

(٤) في ١ ، ب ، م : « كانا » .

(٥) سورة البقرة ٢٣٣ .

(٦) تقدم تخريجه في صفحة ٣٤٨ .

(٧) سورة الطلاق ٧ .

(٨) في الأصل ، م : « وفيم » . وفي ب : « أو ما » .

(٩) سقط من : ب .

الكفارة إلى الواحد مُدٍّ . والله سبحانه اعتبر الكفارة بالنفقة على الأهل ، فقال سبحانه : ﴿ مِنْ أَوْسَطِ مَا تُطْعَمُونَ أَهْلِيكُمْ ﴾ ^(١٠) . وعلى المוסر مُدان ؛ لأن أكثر ما أوجب الله سبحانه للواحد مُدَّين في كفارة الأذى ، وعلى المتوسط مُدٌّ ونصف ، ونصف ^(١١) نفقة / المוסر ^(١٢) ونصف نفقة الفقير ^(١٣) . ولنا ، قول النبي ﷺ لهند : « خذى ما يكفيك وكذلك بالمعروف » . فأمرها بأخذ ما يكفيها من غير تقدير ، ورد الاجتهاد في ذلك إليها ، ومن المعلوم أن قدر كفايتها لا ينحصر في المُدَّين ، بحيث لا يزيد عنهما ولا ينقص ، ولأن الله تعالى قال : ﴿ وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ ﴾ . وقال النبي ﷺ : « وَلَهُنَّ عَلَيْكُمْ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ » ^(١٤) . وإيجاب أقل من الكفاية من الرزق ترك للمعروف ، وإيجاب قدر الكفاية ، وإن كان أقل من مُدٍّ أو من رطلين خبز ، إ اتفاق ^(١٥) بالمعروف ، فيكون ذلك هو الواجب بالكتاب والسنة . واعتبار النفقة بالكفارة في القدر لا يصح ؛ لأن الكفارة لا تختلف باليسار والإعسار ، ولا هي مقدرة بالكفاية ^(١٦) ، وإنما اعتبرها الشرع بها في الجنس دون القدر ، ولهذا لا يجب فيها الأدم ^(١٧) .

فصل : ولا يجب فيها الحب . وقال الشافعي : الواجب فيها الحب ، اعتباراً بالإطعام في الكفارة ، حتى لو دفع إليها دقيقاً أو سويقاً أو خبزاً ، لم يلزمها قبوله ، كما لا

(١٠) سورة المائدة ٨٩ .

(١١) في م : « ونصف » .

(١٢) في الأصل : « المعسر » .

(١٣) في ١ : « المقتر » .

(١٤) تقدم تخريجه في ١٥٦/٥ .

(١٥) في زيادة : « بالكفاية » .

(١٦) في م : « بالكفارة » .

(١٧) الأدم : « ما يستمرأ به الخبز » .

يَلْزَمُ ذَلِكَ الْمُسْكِينَ فِي الْكَفَّارَةِ . قَالَ بَعْضُهُمْ : يَجِيءُ عَلَى قَوْلِ أَصْحَابِنَا ، أَنَّهُ لَا يَجُوزُ
وإن تَرَضِيَا ؛ لِأَنَّهُ بَيَّعَ حِنْطَةً بِجِنْسِهَا^(١٨) مُتَفَاضِلًا . وَلَنَا ، قَوْلُ ابْنِ عَبَّاسٍ ، فِي قَوْلِهِ
تَعَالَى : ﴿ مِنْ أَوْسَطِ مَا تُطْعَمُونَ أَهْلِيكُمْ ﴾ . قَالَ : الْخُبْزُ وَالزَّيْتُ . وَعَنْ ابْنِ عَمَرَ :
الْخُبْزُ وَالسَّمْنُ ، وَالْخُبْزُ وَالزَّيْتُ ، وَالْخُبْزُ وَالتَّمْرُ ، وَمَنْ أَفْضَلُ مَا تُطْعَمُونَهُنَّ الْخُبْزُ وَاللَّحْمُ .
فَفَسَّرَ إطْعَامَ الْأَهْلِ بِالْخُبْزِ مَعَ غَيْرِهِ مِنَ الْأَدَمِ . وَلِأَنَّ الشَّرْعَ وَرَدَ بِالْإِثْفَاقِ مُطْلَقًا مِنْ غَيْرِ
تَقْيِيدٍ وَلَا تَقْدِيرٍ ، فَوَجَبَ أَنْ يُرَدَّ إِلَى الْعُرْفِ ، كَمَا فِي الْقَبْضِ وَالْإِحْرَارِ ، وَأَهْلُ الْعُرْفِ إِنَّمَا
يَتَعَارَفُونَ فِيمَا بَيْنَهُمْ فِي الْإِثْفَاقِ عَلَى أَهْلِيهِمُ الْخُبْزَ وَالْأَدَمَ ، دُونَ الْحَبِّ ، وَالنَّبِيِّ ﷺ
وَصَحَابَتِهِ إِنَّمَا كَانُوا يُنْفِقُونَ ذَلِكَ ، دُونَ مَا ذَكَرُوهُ ، فَكَانَ ذَلِكَ هُوَ الْوَاجِبُ ، وَلِأَنَّهَا نَفَقَةٌ
قَدَّرَهَا الشَّرْعُ بِالْكِفَايَةِ ، فَكَانَ الْوَاجِبُ الْخُبْزُ ، كَنَفَقَةِ الْعَبِيدِ^(١٩) ، وَلِأَنَّ الْحَبَّ تَحْتَاجُ فِيهِ
إِلَى طَحْنِهِ وَخَبْزِهِ ، فَمَتَى اخْتِاجَتْ إِلَى تَكْلُفٍ ذَلِكَ مِنْ مَالِهَا لَمْ تَحْصُلِ الْكِفَايَةُ بِنَفَقَتِهِ ،
وَفَارَقَ الْإِطْعَامَ فِي^(٢٠) الْكَفَّارَةِ ، فَإِنَّهَا^(٢١) لَا تُقَدَّرُ بِالْكِفَايَةِ ، وَلَا يَجِبُ فِيهَا الْأَدَمُ . فَعَلَى هَذَا
لَوْ / طَلَبْتُ مَكَانَ الْخُبْزِ دَرَاهِمَ ، أَوْ حَبًّا ، أَوْ دَقِيقًا ، أَوْ غَيْرَ ذَلِكَ ، لَمْ يَلْزَمْهُ بِذَلِكَ ،
وَلَوْ عَرَضَ عَلَيْهَا بَدَلُ الْوَاجِبِ لَهَا ، لَمْ يَلْزَمْهَا قَبُولُهُ ؛ لِأَنَّهَا مُعَاوَضَةٌ ، فَلَا يُجْبَرُ وَاحِدٌ مِنْهُمَا
عَلَى قَبُولِهِ^(٢٢) ، كَالْبَيْعِ . وَإِنْ تَرَضِيَا عَلَى ذَلِكَ ، جَازَ ؛ لِأَنَّهُ طَعَامٌ وَجَبَ فِي الذَّمَّةِ ،
لَا دَمِيٍّ مُعَيَّنٍ ، فَجَازَتْ الْمُعَاوَضَةُ عَنْهُ ، كَالطَّعَامِ فِي الْقَرْضِ ، وَيُفَارِقُ الطَّعَامَ فِي
الْكَفَّارَةِ ؛ لِأَنَّهُ حَقُّ اللَّهِ تَعَالَى ، وَلَيْسَ هُوَ لَادِمِيٍّ مُعَيَّنٍ ، فَيَرْضَى بِالْعَوَضِ عَنْهُ . وَإِنْ
أَعْطَاهَا مَكَانَ الْخُبْزِ حَبًّا ، أَوْ دَقِيقًا ، جَازَ إِذَا تَرَضِيَا عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّ هَذَا لَيْسَ بِمُعَاوَضَةٍ
حَقِيقَةٍ ، فَإِنَّ الشَّارِعَ لَمْ يُعَيِّنْ^(٢٣) الْوَاجِبَ بِأَكْثَرِ مِنَ الْكِفَايَةِ ، فَبِأَيِّ شَيْءٍ^(٢٤) حَصَلَتْ

ظ ١٨١/٨

(١٨) فِي أ ، م : « بِجِنْسِهِمْ » .

(١٩) فِي م : « الْعَبْدُ » .

(٢٠) فِي م : « هُمْ » ، خَطَأً .

(٢١) فِي م : « لِأَنَّهَا » .

(٢٢) فِي ب : « قَبُولُهَا » .

(٢٣) فِي أ ، م : « يَعْتَبِرُ » .

(٢٤) سَقَطَ مِنْ : ب .

الكفاية ، كان ذلك هو الواجب ، وإنما صرنا إلى إيجاب الخبز عند الاختلاف ، لترجحه بكونه القوت المعتاد .

فصل : ويرجع في تقدير الواجب إلى اجتهاد الحاكم ، أو نائبه ، إن لم يتراضيا على شيء ، فيفرض للمرأة^(٢٥) قدر كفايتها من الخبز والأدم ، فيفرض للموسيرة تحت الموسر^(٢٦) قدر حاجتها ، من أرفع خبز البلد الذي يأكله أمثالهما ، وللمعسرة تحت المعسر قدر كفايتها ، من أدنى خبز البلد ، وللمتوسطة تحت المتوسط^(٢٧) من أوسطه ، لكل أحد على حسب حاله ، على ما جرت به العادة في حق أمثاله . وكذلك الأدم للموسيرة تحت الموسر قدر حاجتها من أرفع الأدم ، من اللحم والأرز واللبن ، وما يطبخ به اللحم ، والدهن على اختلاف أنواعه في بلدانه ؛ السمن في موضع ، والزيت في آخر ، والشحم^(٢٨) ، والشيرج^(٢٩) في آخر . وللمعسرة تحت المعسر من الأدم أدونه ، كالباقلا ، والحل ، والبقل ، والكامخ^(٣٠) ، وما جرت به عادة أمثالهم ، وما يحتاج إليه من الدهن ، وللمتوسطة تحت المتوسط أوسط ذلك ، من الخبز ، والأدم ، كل على حسب عادته . وقال الشافعي : الواجب من جنس قوت البلدة^(٣١) ، لا يختلف باليسار والإعسار سوى المقدار . والأدم هو الدهن خاصة ؛ لأنه أصلح للأبدان ، وأجود^(٣٢) في المؤنة^(٣٢) ؛ لأنه لا يحتاج إلى طبخ وكلفة ، ويعتبر الأدم بغالب عادة أهل البلد ، كالزيت بالشام ، والشيرج بالعراق ، والسمن بخراسان . ويعتبر

(٢٥) في زيادة : « على » .

(٢٦) سقط من : « ب ، م » .

(٢٧) في م : « المتوسطة » .

(٢٨) سقط من : م .

(٢٩) الشيرج : زيت السمسم .

(٣٠) الكامخ : الخلالات المشهية .

(٣١) في « ب » : « البلد » .

(٣٢-٣٢) في « أ » : « للمؤنة » .

قَدَرُ الْأَدَمِ بِالْقُوتِ ، فَإِذَا قِيلَ : إِنَّ الرَّطْلَ تَكْفِيهِ الْأَوْقِيَّةُ مِنَ الدُّهْنِ . فَرَضَ ذَلِكَ . / ١٨٢/٨ و
 فِي كُلِّ يَوْمٍ جُمُعَةٍ رَطْلَ لَحْمٍ ، فَإِنْ (٣٣) كَانَ فِي مَوْضِعٍ (٣٤) يَرْخُصُ اللَّحْمُ ، زَادَهَا عَلَى
 الرَّطْلِ شَيْئًا . وَذَكَرَ الْقَاضِي فِي الْأَدَمِ مِثْلَ هَذَا . وَهَذَا مُخَالِفٌ لِقَوْلِ اللَّهِ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى : ﴿ لِيُنْفِقَ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِ وَمَن قَدَرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فليُنفِقْ مِمَّا آتَاهُ اللَّهُ ﴾ . وَلِقَوْلِ النَّبِيِّ ﷺ : « وَلَهُنَّ عَلَيْكُمْ رِزْقُهُنَّ وَكُسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ » . وَتَمَى أَنْفَقَ الْمُوسِرُ نَفَقَةَ
 الْمُعْسِرِ ، فَمَا أَنْفَقَ مِنْ سَعَتِهِ ، وَلَا رَزَقَهَا بِالْمَعْرُوفِ . وَقَدْ فَرَّقَ اللَّهُ عَزَّ وَجَلَّ بَيْنَ الْمُوسِرِ
 وَالْمُعْسِرِ فِي الْإِنْفَاقِ ، وَفِي (٣٥) هَذَا جَمْعٌ بَيْنَ مَا فَرَّقَ اللَّهُ تَعَالَى ، وَتَقْدِيرُ الْأَدَمِ بِمَا ذَكَرُوهُ
 تَحْكُمٌ لَا دَلِيلَ عَلَيْهِ ، وَخِلَافُ الْعَادَةِ وَالْعُرْفِ بَيْنَ النَّاسِ فِي إِنْفَاقِهِمْ ، فَلَا يُعْرَجُ عَلَى مِثْلِ
 هَذَا ، وَقَدْ قَالَ ابْنُ عَمَرَ : مِنْ أَفْضَلِ مَا تُطْعَمُونَ أَهْلِيكُمْ ، الْخُبْزُ وَاللَّحْمُ . وَالصَّحِيحُ مَا
 ذَكَرْنَاهُ ، مِنْ رَدِّ النَّفَقَةِ الْمُطْلَقَةِ فِي الشَّرْعِ إِلَى الْعُرْفِ فِيمَا بَيْنَ النَّاسِ فِي نَفَقَاتِهِمْ ، فِي
 حَقِّ الْمُوسِرِ وَالْمُعْسِرِ وَالْمُتَوَسِّطِ ، كَمَا رَدَدْنَاهُمْ فِي الْكُسُوفَةِ إِلَى ذَلِكَ ، وَلَئِنَّ النَّفَقَةَ مِنْ
 مُؤْنَةِ الْمَرْأَةِ عَلَى الزَّوْجِ ، فَاخْتَلَفَ جِنْسُهَا بِالْيَسَارِ (٣٦) وَالْإِعْسَارِ ، كَالْكُسُوفَةِ .

فصل : وَحُكْمُ الْمُكَاتِبِ وَالْعَبْدِ حُكْمُ الْمُعْسِرِ ؛ لِأَنَّهُمَا لَيْسَا (٣٧) بِأَحْسَنَ حَالًا
 مِنْهُ . وَمَنْ نِصْفُهُ حُرٌّ ، إِنْ كَانَ مُوسِرًا ، فَحُكْمُهُ حُكْمُ الْمُتَوَسِّطِ ؛ لِأَنَّهُ مُتَوَسِّطٌ ،
 نِصْفُهُ مُوسِرٌ ، وَنِصْفُهُ مُعْسِرٌ .

فصل : وَيَجِبُ لِلْمَرْأَةِ مَا تَحْتَاجُ إِلَيْهِ ، مِنَ الْمَشِطِّ ، وَالدُّهْنِ لِرَأْسِهَا ، وَالسِّدْرِ ، أَوْ
 نَحْوَهُ مِمَّا تَغْسِلُ بِهِ رَأْسَهَا ، وَمَا يَعُودُ بِنَظَائِفَتِهَا ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ يُرَادُّ لِلتَّنْظِيفِ ، فَكَانَ عَلَيْهِ ، كَمَا
 أَنَّ عَلَى الْمُسْتَأْجِرِ كَنْسَ الدَّارِ وَتَنْظِيفَهَا . فَأَمَّا الْخِضَابُ ، فَإِنَّهُ إِنْ لَمْ يَطْلُبْهُ الزَّوْجُ

(٣٣) سقط من : م .

(٣٤) سقط من : ب .

(٣٥) سقطت الواو من : م .

(٣٦) في الأصل ، ا : « بإيساره » . وفي م : « بالإيثار » .

(٣٧) في النسخ : « ليس » .

منها ، لم يلزمه ؛ لأنه يُرادُّ للزينة ، وإن طلبه منها ، فهو عليه . وأمَّا الطيبُ ، فما يُرادُّ منه لقطع السُّهولة ، كدواءِ العرقِ ، لزمه ؛ لأنه يُرادُّ للتنظيف^(٣٨) ، وما يُرادُّ منه للتلذُّذ والاستمتاع ، لم يلزمه ؛ لأنَّ الاستمتاعَ حقُّ له ، فلا يجبُ عليه ما يدعوه إليه . ولا يجبُ عليه شراءُ الأدويةِ ، ولا أجرَةُ الطَّبيبِ ؛ لأنه يُرادُّ لإصلاحِ الجسمِ ، فلا يلزمه ، كما لا يلزمُ المستأجرُ بناءَ ما يقعُ من الدارِ ، وحفظُ أصولها ، وكذلك أجرَةُ الحَجَّامِ والفاصِدِ .

فصل : وتجبُ عليه كُسوتُها ، بإجماعِ أهلِ العلمِ ؛ لما ذكرنا من النصوصِ ، ولأنَّها ظ ١٨٢/٨ لا بُدَّ منها على الدَّوامِ ، فلزِمته ، / كالنَّفقةِ ، وهي مُعتَبَرةٌ بكفائَتِها ، وليست مُقدَّرةٌ بالشرع^(٣٩) ، كما قلنا في النَّفقةِ . ووافق أصحابُ الشافعيِّ على هذا ، ويُرجعُ في ذلك إلى اجتِهَادِ الحاكمِ ، فيفرضُ لها على قَدَرِ كِفائَتِها ، على قَدَرِ يُسرِّهما وعُسْرِهما ، وما جرتِ عادةُ أمثالهما به ، من الكُسوةِ ، فيجتهدُ الحاكمُ في ذلك عندَ نزولِ الأمرِ ، كنحوِ اجتِهَادِهِ في المُتعةِ للمُطلَّقةِ ، وكما قلنا في النَّفقةِ ، فيفرضُ للمُوسِرةِ تحتَ المُوسِرِ من أرفعِ ثيابِ البلدِ ، من الكتَّانِ والخَزِّ والإبريسمِ ، وللمُعسِرةِ تحتَ المُعسرِ ، غليظُ^(٤٠) القُطنِ والكتَّانِ ، وللمُتوسِّطةِ تحتَ المُتوسِّطِ ، المُتوسِّطُ^(٤١) من ذلك ، فأقلُّ ما يجبُ من ذلك قميصٌ ، وسراويلٌ ، ومقنعةٌ ، ومداسٌ ، وجُبَّةٌ للشتاءِ ، ويزيدُ من عددِ الثيابِ ما جرتِ العادةُ بلبسِهِ ، ممَّا لا غنىَ عنه ، دونَ ما للتَّجَمُّلِ والزَّينةِ ، والأصلُ في هذا قولُ الله عزَّ وجل : ﴿ وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ ﴾ . وقولُ النَّبيِّ ﷺ : « وَلَهُنَّ عَلَيْكُمْ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ » . والكُسوةُ بالمعروفِ هي الكُسوةُ التي جرتِ عادةُ أمثالها بلبسِهِ ، وقولُ النَّبيِّ ﷺ لِهَندَ : « خُذِي مَا يَكْفِيكَ وَوَلَدُكَ بِالْمَعْرُوفِ » .

(٣٨) في م : « للتطيب » .

(٣٩) في ب : « في الشرع » .

(٤٠) في أ : « غليظها » .

(٤١) سقط من : ب .

فصل : وعليه لها ما تحتاج إليه للنوم ، من الفراش واللحاف والوسادة ، كل^(٤٢) على حسب عادته ؛ فإن كانت ممن عادتته النوم في الأكبسية والبساط ، فعليه لها النومها ما جرت عادتهم به ، ولجلوسها بالنهار البساط ، والزلي^(٤٣) ، والحصير الرفيع أو الحشيش ، الموسير على حسب يساره^(٤٤) ، والمعسر على قدر إعساره ، على حسب العوائد .

فصل : ويجب لها مسكن ، بدليل قوله سبحانه وتعالى : ﴿ أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنْتُمْ مِنْ وَجْدِكُمْ ﴾^(٤٥) . فإذا وجبت السكنى للمطلقة ، فليتي^(٤٦) في صلب النكاح أولى ، قال الله تعالى : ﴿ وَعَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ ﴾^(٤٧) . ومن المعروف أن يسكنها في مسكن ، ولأنها لا تستغنى عن المسكن للاستتار عن العيون ، وفي التصرف ، والاستمتاع ، وحفظ المتاع ، ويكون المسكن على قدر يسارهما وإعسارهما ؛ لقول الله تعالى : ﴿ مَنْ وَجِدَكُمْ ﴾ . ولأنه واجب لها لمصلحتها في الدوام ، فجرى مجرى النفقة والكسوة .

فصل : فإن كانت المرأة ممن لا / تخدم نفسها ؛ لكونها من ذوى الأقدار ، أو مريضة ، وجب لها خادم ، لقوله تعالى : ﴿ وَعَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ ﴾ . ومن العشرة بالمعروف ، أن يقيم لها خادماً ، ولأنه مما تحتاج إليه في الدوام ، فأشبهه النفقة . ولا يجب لها أكثر من خادم واحد ؛ لأن المستحق خدمتها في نفسها ، ويحصل ذلك بواحد . وهذا قول مالك ، والشافعي ، وأصحاب الرأي . إلا أن مالكا قال : إن كان لا يصلح

(٤٢) في زيادة : « ذلك » .

(٤٣) الزلي : نوع من البسط .

(٤٤) في ب ، م : « يساره » .

(٤٥) سورة الطلاق ٦ .

(٤٦) في ب : « فالتى » .

(٤٧) سورة النساء ١٩ .

للمرأة^(٤٨) إلا أكثر من خادم ، فعليه أن يتفق على أكثر من واحد . ونحوه قال أبو ثور : إذا احتَمَلَ الزَّوْجُ ذلك ، فَرَضَ لَخَادِمَيْنِ . ولنا ، أن الخادِمَ الواحدَ يَكْفِيها لِنَفْسِها ، والزَّيَادَةُ تُرَادُّ لِحِفْظِ مِلْكِها ، أو لِتَجَمُّلِ ، وليس عليه ذلك . إذا ثبت هذا ، فلا يكونُ الخادِمُ إلا مِمَّنْ يَحِلُّ لَهُ النَّظَرُ إِلَيْها ، إمَّا امرأةٌ ، وإمَّا ذُو رَحِمٍ مَحْرَمٌ ؛ لأنَّ الخادِمَ يَلْزَمُ المَخْدُومَ في غَالِبِ أَحْوالِهِ^(٤٩) ، فلا يَسْلَمُ مِنَ النَّظَرِ . وهل يجوزُ أن يكونَ من أَهْلِ الكِتَابِ ؟ فيه وَجْهان . الصَّحِيحُ مِنْهُمَا جَوَازُهُ ؛ لأنَّ اسْتِخْدَامَهُم مَبَاحٌ ، وقد ذَكَرْنَا فيما مَضَى أَنَّ الصَّحِيحَ إِباحَةُ النَّظَرِ لَهُم . والثَّانِي ، لا يجوزُ ؛ لأنَّ في إِباحَةِ نَظَرِهِم^(٥٠) اخْتِلَافًا ، وتَعَاْفُهُمُ النَّفْسُ ، ولا يَتَنَظَّفُونَ مِنَ النَّجَاسَةِ ، ولا يَلْزَمُ الزَّوْجُ أَنْ يُمْلِكُها خادِمًا ؛ لأنَّ المقْصودَ الخِدْمَةَ ، فإذا حَصَلَتْ مِنْ غَيْرِ تَمْلِيكِ ، جازَ كما أَنَّهُ إذا أَسْكَنَها دارًا بأَجْرَةٍ جازَ ، ولا يَلْزَمُهُ تَمْلِيكُها مَسْكَنًا ، فإنْ مَلَكُها الخادِمَ ، فَقَدْ زادَ خَيْرًا ، وإنْ أَخْدَمَها مَنْ يُلْزَمُ خِدْمَتُها مِنْ غَيْرِ تَمْلِيكِ ، جازَ ، سواءَ كانَ لَهُ ، أو اسْتَأْجَرَهُ ، حُرًّا كانَ أو عَبْدًا . وإنْ كانَ الخادِمُ لها ، فَرَضِيَتْ بِخِدْمَتِها لها ، وَتَفَقَّطَتْ عَلَى الزَّوْجِ ، جازَ . وإنْ طَلَبَتْ مِنْهُ أَجْرَ^(٥١) خادِمِها فوافَقَها ، جازَ . وإنْ قالَ : لا أُعْطِيكَ أَجْرَ هذا ، ولكنْ أنا آتِيكَ بِخادِمٍ سِوَاهُ . فَلهُ ذَلِكَ إذا أَتَها بِمَنْ يَصْلُحُ لها^(٥٢) . وإنْ قالَتْ : أنا أَخْدِمُ نَفْسِي ، وَأَخْذُ أَجْرَ^(٥٣) الخادِمِ . لَمْ يَلْزَمْ الزَّوْجُ قَبُولُ ذَلِكَ ؛ لأنَّ الأَجْرَ عَلَيْهِ ، فَتَعَيَّنَ الخادِمُ إِلَيْها ، ولأنَّ في إِخْدامِها تَوْفِيرَها على حُقوقِهِ ، وَتَرْفِيهِها ، وَرَفَعَ قَدْرَها ، وَذلكَ يَفُوتُ بِخِدْمَتِها لِنَفْسِها . وإنْ قالَ الزَّوْجُ : أنا أَخْدِمُكَ بِنَفْسِي . لَمْ يَلْزَمْها ؛ لأنَّها تَحْتَشِمُهُ ، وفيهِ غَضاضَةٌ عَلَيْها ، لَكَوْنِ زَوْجِها خادِمًا . وفيهِ وَجْهٌ آخَرُ ، أَنَّهُ يَلْزَمُها الرِّضَى بِهِ ؛ لأنَّ الكِفايَةَ تَحْصُلُ بِهِ .

(٤٨) في ١ : « المرأة » .

(٤٩) في ١ : « أوقاته » .

(٥٠) في ب : « نظرهما » .

(٥١) في ١ ، م : « أجرة » .

(٥٢) سقط من : ب ، م .

(٥٣) سقط من : ١ ، ب ، م .

فصل : وعلى الزوج نفقة الخادم ، وموئته من الكسوة والنفقة ، مثل ما لامرأة المغسير ، إلا أنه لا يجب لها المشط ، والدُّهن لرأسها ، والسدر ؛ لأن ذلك يُراد للزينة والتنظيف / ، ولا يُراد ذلك من الخادم ، لكن إن احتاجت إلى خف لتخرج إلى شراء الحوائج ، لزمه ذلك .

١٣٨٠ - مسألة ؛ قال : (فَإِنْ مَنَعَهَا «مَا يَجِبُ لَهَا» ^(١) ، أَوْ بَعْضَهُ ، وَقَدَرَتْ لَهُ عَلَى مَالٍ ، أَخَذَتْ مِنْهُ مِقْدَارَ حَاجَتِهَا بِالْمَعْرُوفِ ، كَمَا قَالَ النَّبِيُّ ﷺ لِهَنْدٍ حِينَ قَالَتْ ^(٢) : إِنَّ أَبَا سُفْيَانَ رَجُلٌ شَحِيحٌ ، وَلَيْسَ يُعْطِينِي مِنَ النَّفَقَةِ مَا يَكْفِينِي وَوَلَدِي . فَقَالَ : « تُحْذِي مَا يَكْفِيكَ وَوَلَدَكَ بِالْمَعْرُوفِ » ^(٣))

وجملته أن الزوج إذا لم يدفع إلى زوجته ^(٤) ما يجب لها عليه من النفقة والكسوة ، أو دفع إليها أقل من كفايتها ، فلها أن تأخذ من ماله الواجب أو تمامه ، بإذنه وبغير إذنه ؛ بدليل قول النبي ﷺ لِهَنْدٍ : « تُحْذِي مَا يَكْفِيكَ وَوَلَدَكَ بِالْمَعْرُوفِ » . وهذا إذن لها في الأخذ من ماله بغير إذنه ، ^(٥) ورُدُّها ^(٥) إلى اجتهداها في قدر كفايتها وكفاية ولدها ، وهو متناول لأخذ تمام الكفاية ، فإن ظاهر الحديث دل على أنه قد كان ^(٦) يُعْطِيهَا بَعْضَ الكفاية ، ولا يُتِمُّهَا لها ، فرخص النبي ﷺ لها في أخذ تمام الكفاية بغير علمه ؛ لأنه موضع حاجة ، فإن النفقة لا غنى عنها ، ولا قوام إلا بها ، فإذا لم يدفعها الزوج ولم تأخذها ، أفضى إلى ضياعها وهلاكها ، فرخص لها في أخذ قدر نفقتها ، دفعاً لحاجتها ، ولأن النفقة تتجدد بتجدد الزمان شيئاً فشيئاً ، فتشق المرافعة إلى الحاكم ،

(١-١) سقط من : ١ ، ب .

(٢) في الزيادة : « له » .

(٣) تقدم تحريجه في صفحة ٣٤٨ .

(٤) في م : « امرأته » .

(٥-٥) في ١ : « وردها » . وفي ب : « ورها » خطأ .

(٦) سقط من : الأصل .

والمطالبة بها في كل الأوقات ، فلذلك رخص لها في أخذها بغير إذن من هي عليه . وذكر القاضى بينها وبين^(٧) الدَّينِ فَرَقًا آخَرَ ، وهو أَنَّ نَفَقَةَ الزَّوْجَةِ تَسْقُطُ بِفَوَاتِ وَقْتِهَا عِنْدَ بَعْضِ أَهْلِ الْعِلْمِ ، مَا لَمْ يَكُنِ الْحَاكِمُ^(٨) فَرَضَهَا لَهَا ، فَلَوْ لَمْ تَأْخُذْ حَقَّهَا ، أَفْضَى إِلَى سُقُوطِهَا ، وَالْإِضْرَارِ بِهَا ، بِخِلَافِ الدَّيْنِ ، فَإِنَّهُ لَا يَسْقُطُ عِنْدَ أَحَدٍ بِتَرْكِ الْمُطَالَبَةِ بِهِ^(٩) ، فَلَا يُؤَدَّى تَرْكُ الْأَخْذِ إِلَى الْإِسْقَاطِ .

فصل : ويجب عليه دَفْعُ نَفَقَتِهَا إِلَيْهَا فِي صَدْرِ نَهَارِ كُلِّ يَوْمٍ إِذَا طَلَعَتِ الشَّمْسُ ، لِأَنَّهُ أَوَّلُ وَقْتِ الْحَاجَةِ ، فَإِنْ اتَّفَقَا عَلَى تَأْخِيرِهَا جَازَ ؛ لِأَنَّ الْحَقَّ لَهَا ، فَإِذَا رَضِيََتْ بِتَأْخِيرِهِ جَازَ ، كَالدَّيْنِ . وَإِنْ اتَّفَقَا عَلَى تَعْجِيلِ نَفَقَةِ عَامٍ أَوْ شَهْرٍ ، أَوْ أَقَلِّ مِنْ ذَلِكَ أَوْ أَكْثَرَ ، أَوْ تَأْخِيرِهِ ، جَازَ ؛ لِأَنَّ الْحَقَّ لَهَا ، لَا يَخْرُجُ عَنْهَا ، فَجَازَ مِنْ تَعْجِيلِهِ وَتَأْخِيرِهِ مَا اتَّفَقَا عَلَيْهِ ، كَالدَّيْنِ . وَلَيْسَ بَيْنَ أَهْلِ الْعِلْمِ فِي هَذَا خِلَافٌ عِلْمَانَهُ . فَإِنْ سَلَّمَ إِلَيْهَا نَفَقَةَ يَوْمٍ ، ثُمَّ مَاتَتْ فِيهِ ، لَمْ يَرْجَعْ عَلَيْهَا بِهَا^(١٠) ؛ لِأَنَّهُ دَفَعَ إِلَيْهَا / مَا وَجَبَ عَلَيْهِ دَفْعُهُ إِلَيْهَا ، وَإِنْ أَبَانَهَا بَعْدَ وَجُوبِ الدَّفْعِ إِلَيْهَا ، لَمْ تَسْقُطْ نَفَقَتُهَا فِيهِ ، وَلَهَا مُطَالَبَتُهُ بِهَا ؛ لِأَنَّهَا قَدْ وَجَبَتْ ، فَلَمْ تَسْقُطْ بِالطَّلَاقِ ، كَالدَّيْنِ . وَإِنْ عَجَّلَ لَهَا نَفَقَةَ شَهْرٍ أَوْ عَامٍ ، ثُمَّ طَلَّقَهَا ، أَوْ مَاتَتْ قَبْلَ انْقِضَائِهِ ، أَوْ بَانَ بِفَسْخٍ أَوْ إِسْلَامٍ أَحَدُهُمَا أَوْ رِدَّتْهُ ، فَلَهُ أَنْ يَسْتَرْجِعَ نَفَقَةَ سَائِرِ الشَّهْرِ . وَبِهِ قَالَ الشَّافِعِيُّ ، وَمُحَمَّدُ بْنُ الْحَسَنِ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ ، وَأَبُو يُوسُفَ : لَا يَسْتَرْجِعُهَا ؛ لِأَنَّهَا صِلَةٌ ، فَإِذَا قَبَضْتُهَا ، لَمْ يَكُنْ لَهُ الرُّجُوعُ فِيهَا ، كَصَدَقَةِ التَّطَوُّعِ . وَلَنَا ، أَنَّهُ سَلَّمَ إِلَيْهَا النَفَقَةَ سَلْفًا عَمَّا يَجِبُ فِي الثَّانِي ، فَإِذَا وَجَدَ مَا يَمْنَعُ الْوُجُوبَ ، ثَبَتَ الرُّجُوعُ ، كَمَا لَوْ أَسْلَفَهَا^(١١) إِيَّاهَا فَتَشَرَّتْ ، أَوْ عَجَّلَ الزَّكَاةَ إِلَى السَّاعِي فَتَلَفَ مَالَهُ قَبْلَ

١٨٤/٣

(٧) سقط من : ب .

(٨) سقط من : ا ، ب ، م .

(٩) سقط من : م .

(١٠) في ا : « به » .

(١١) في ب : « استلفها » .

الْحَوْل . وَقَوْلُهُمْ : إِنَّهَا صِلَةٌ . قُلْنَا : بَلْ هِيَ عِوَضٌ عَنِ التَّمَكِينِ ، وَقَدْ فَاتَ^(١٢) التَّمَكِينُ . وَذَكَرَ الْقَاضِي ، أَنَّ زَوْجَ الْوَثْنِيَّةِ وَالْمَجُوسِيَّةِ ، إِذَا دَفَعَ إِلَيْهَا نَفَقَةَ سَنَتَيْنِ ، ثُمَّ بَانَتْ بِإِسْلَامِهِ ، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ أَعْلَمَهَا أَنَّهَا نَفَقَةٌ عَجَّلَهَا لَهَا^(١٣) ، لَمْ يَرْجَعْ عَلَيْهَا ؛ لِأَنَّ الظَّاهَرَ أَنَّهُ تَطَوُّعٌ بِهَا ، وَإِنْ أَعْلَمَهَا ذَلِكَ ، انْتَبَى عَلَى مُعَجِّلِ الزَّكَاةِ إِذَا أَعْلَمَ^(١٤) الْفَقِيرَ أَنَّهَا زَكَاةٌ مُعَجَّلَةٌ ثُمَّ تَلَفَ الْمَالُ ، وَفِي الرُّجُوعِ بِهَا وَجْهَانِ ، كَذَلِكَ هُنَا . وَكَذَلِكَ يَنْبَغِي أَنْ يَكُونَ فِي سَائِرِ الصُّوَرِ مِثْلُ هَذَا ؛ لِأَنَّهُ تَبَرَّعَ بِدَفْعِ مَا لَا يَلْزَمُهُ مِنْ^(١٥) غَيْرِ إِعْلَامٍ الْآخِذِ بِتَعْجِيلِهِ ، فَلَمْ يَرْجَعْ بِهِ ، كَمُعَجِّلِ الزَّكَاةِ . وَلَوْ سَلَّمَ إِلَيْهَا نَفَقَةَ الْيَوْمِ ، فَسُرِقَتْ أَوْ تَلَفَتْ ، لَمْ يَلْزَمُهُ عِوَضُهَا ؛ لِأَنَّهُ بَرِيءٌ مِنَ الْوَاجِبِ بِدَفْعِهِ ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ تَلَفَتْ الزَّكَاةُ بَعْدَ قَبْضِ السَّاعِي لَهَا ، أَوِ الدَّيْنِ بَعْدَ أَخْذِ صَاحِبِهِ لَهُ .

فصل : وَإِذَا دَفَعَ إِلَيْهَا نَفَقَتَهَا ، فَلَهَا أَنْ تَتَصَرَّفَ فِيهَا بِمَا أَحَبَّتْ ، مِنَ الصَّدَقَةِ وَالْهِبَةِ وَالْمُعَاوَضَةِ ، مَا لَمْ يَعُدْ ذَلِكَ عَلَيْهَا بَضَرًّا فِي بَدَنِهَا ، وَضَعْفٌ فِي جِسْمِهَا ؛ لِأَنَّهُ حَقُّهَا ، فَلَهَا التَّصَرُّفُ فِيهِ بِمَا شَاءَتْ كَالْمَهْرِ ، وَلَيْسَ لَهَا التَّصَرُّفُ فِيهَا عَلَى وَجْهِ يَضُرُّ بِهَا ؛ لِأَنَّ فِيهِ تَقْوِيَتَ حَقِّهِ مِنْهَا ، وَنَقْصًا فِي اسْتِمْتَاعِهِ بِهَا .

فصل : وَعَلَيْهِ دَفْعُ الْكُسُوفَةِ إِلَيْهَا فِي كُلِّ عَامٍ مَرَّةً ؛ لِأَنَّهُ^(١٦) الْعَادَةُ ، وَيَكُونُ الدَّفْعُ إِلَيْهَا فِي أَوَّلِهِ ؛ لِأَنَّهُ أَوَّلُ وَقْتِ الْوُجُوبِ . فَإِنْ يَلَيْتِ الْكُسُوفَةُ فِي الْوَقْتِ الَّذِي يَبْلُغِي فِيهِ مِثْلُهَا ، لَزِمَهُ أَنْ يَدْفَعَ إِلَيْهَا كُسُوفَةً أُخْرَى ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ وَقْتُ الْحَاجَةِ إِلَيْهَا ، وَإِنْ يَلَيْتُ قَبْلَ ذَلِكَ ، لِكثَرَةِ دُخُولِهَا وَخُرُوجِهَا وَاسْتِعْمَالِهَا^(١٧) ، لَمْ يَلْزَمَهُ إِبْدَالُهَا ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ بِوَقْتِ الْحَاجَةِ إِلَى الْكُسُوفَةِ / فِي الْعُرْفِ . وَإِنْ مَضَى الزَّمَانُ الَّذِي تَبْلُغِي فِي مِثْلِهِ بِالْإِسْتِعْمَالِ الْمُعْتَادِ وَلَمْ

ظ ١٨٤/٣

(١٢) فِي ب : « فَاتَهُ » .

(١٣) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلُ .

(١٤) فِي ب : « عَلِمَ » .

(١٥) سَقَطَ مِنْ : أ ، م .

(١٦) فِي أ ، م : « لِأَنَّهَا » .

(١٧) فِي ب ، م : « أَوْ اسْتِعْمَالُهَا » .

تَبَلَّ ، فهل يَلْزَمُهُ بَدْلُهَا ؟ فيه وَجْهان ؛ أَحَدُهُما ، لا يَلْزَمُهُ بَدْلُهَا^(١٨) ؛ لِأَنَّهَا غَيْرُ مُتَحَاجَةٍ إِلَى الْكُسُوفِ . وَالثَّانِي ، يَلْزَمُهُ ؛ لِأَنَّ الْإِعْتِبَارَ بِمُضِيِّ الزَّمَانِ دُونَ حَقِيقَةِ الْحَاجَةِ ، بِدَلِيلِ أَنَّهَا لَوْ بَلَّيَتْ قَبْلَ ذَلِكَ لَمْ يَلْزَمُهُ بَدْلُهَا . وَلَوْ أَهْدَى إِلَيْهَا كُسُوفًا ، لَمْ تَسْقُطْ كُسُوفُهَا . وَإِنْ أَهْدَى إِلَيْهَا طَعَامًا فَأَكَلَتْهُ ، وَبَقِيَ قُوْثُهَا إِلَى الْغَدِ ، لَمْ يَسْقُطْ قُوْثُهَا فِيهِ . وَإِنْ كَسَاها ، ثُمَّ طَلَّقَهَا قَبْلَ أَنْ تَبْلَى ، فهل له أَنْ يَسْتَرْجِعَهَا ؟ فيه وَجْهان ؛ أَحَدُهُما ، له ذَلِكَ ؛ لِأَنَّهُ دَفَعَهَا لِلزَّمَانِ الْمُسْتَقْبَلِ ، فَإِذَا طَلَّقَهَا قَبْلَ مُضِيِّهِ ، كَانَ لَهُ اسْتِرْجَاعُهَا ، كَمَا لَوْ دَفَعَ إِلَيْهَا نَفَقَةً مُدَّةً ، ثُمَّ طَلَّقَهَا قَبْلَ انْقِضَائِهَا . وَالثَّانِي ، لَيْسَ لَهُ الْاسْتِرْجَاعُ ؛ لِأَنَّهُ دَفَعَ إِلَيْهَا الْكُسُوفَ بَعْدَ وَجُوبِهَا عَلَيْهِ ، فَلَمْ يَكُنْ لَهُ الرُّجُوعُ فِيهَا ، كَمَا لَوْ دَفَعَ إِلَيْهَا^(١٩) النَّفَقَةَ بَعْدَ وَجُوبِهَا ثُمَّ طَلَّقَهَا قَبْلَ أَكْلِهَا ، بِخِلَافِ النَّفَقَةِ الْمُسْتَقْبَلَةِ .

فصل : وَإِذَا دَفَعَ إِلَيْهَا كُسُوفَهَا ، فَأَرَادَتْ بَيْعَهَا ، أَوْ التَّصَدُّقَ بِهَا ، وَكَانَ ذَلِكَ يَضُرُّ بِهَا ، أَوْ يُخِلُّ بِتَجْمُلِهَا بِهَا ، أَوْ بَسُوتِهَا ، لَمْ تَمْلِكْ ذَلِكَ ، كَمَا لَوْ أَرَادَتْ الصَّدَقَةَ بِقُوْثِهَا عَلَى وَجْهِ يَضُرُّ بِهَا ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ فِي ذَلِكَ ضَرَرٌ ، اِحْتَمَلَ الْجَوَازَ ؛ لِأَنَّهَا تَمْلِكُهَا ، فَأَشْبَهَتْ النَّفَقَةَ ، وَاحْتَمَلَ الْمَنْعَ ؛ لِأَنَّ لَهُ اسْتِرْجَاعَهَا لَوْ طَلَّقَهَا ، فِي أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ ، بِخِلَافِ النَّفَقَةِ .

فصل : وَالذِّمِّيَّةُ كَالْمُسْلِمَةِ فِي النَّفَقَةِ وَالْمَسْكَنِ وَالْكُسُوفِ ، فِي قَوْلِ عَامَّةِ أَهْلِ الْعِلْمِ . وَبِهِ يَقُولُ مَالِكٌ ، وَالشَّافِعِيُّ ، وَأَبُو ثَوْرٍ ، وَأَصْحَابُ الرَّأْيِ ؛ لِعُمُومِ النُّصُوصِ وَالْمَعْنَى .

١٣٨١ - مسألة ؛ قال : (فَإِذَا مَنَعَهَا ، وَلَمْ تَجِدْ مَا تَأْخُذُهُ ، فَاخْتَارَتْ^(١) فِرَاقَهُ ، فَفَرَّقَ الْحَاكِمُ بَيْنَهُمَا)

(١٨) سقط من : الأصل ، ١ .

(١٩) سقط من : ب .

(١) في ١ ، م : « واختارت » .

وجملته أن الرجل إذا منع امرأته النفقة ، لعسرتة ، وعَدِم ما يُنفقه ، فالمرأة مُحيرة بين الصبر عليه ، وبين فراقه . روى^(٢) نحو ذلك عن عمر ، وعلي ، وأبي هريرة . وبه قال سعيد^(٣) بن المسيب ، والحسن ، وعمر بن عبد العزيز ، وربيعة ، وحماد ، ومالك ، ويحيى القطان ، وعبد الرحمن بن مَهْدِي ، والشافعي ، وإسحاق ، وأبو عبيد ، وأبو ثور . وذهب عطاء ، والزُّهري ، وابن شبرمة ، وأبو حنيفة وصاحباها ، إلى أنها لا تملك فراقه بذلك ، ولكن يرفع يده عنها لتكسب ؛ لأنه حق لها عليه ، فلا يفسخ^(٤) النكاح لعجزه عنه ، كالدين . وقال العنبري : يُحبس إلى أن يُنفق . ولنا ، قول الله تعالى : ﴿ فَاِمْسَاكُ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحُ بِإِحْسَنٍ ﴾^(٥) . وليس / الإمساك مع ترك الإنفاق إمساكاً بمَعْرُوفٍ ، فيتعين التسريح . وروى سعيد^(٦) ، عن سُفيان ، عن ابن أبي الزناد ، قال : سألت سعيد بن المسيب عن الرجل لا يجد ما يُنفق على امرأته ، أيفرق بينهما ؟ قال : نعم . قلت^(٧) : سنة ؟ قال : سنة . وهذا ينصرف إلى سنة رسول الله ﷺ . وقال ابن المنذر : ثبت أن عمر بن الخطاب كتب إلى أمراء الأجناد ، في رجال غابوا عن نساءهم ، فأمرهم بأن يُنفقوا أو يُطلقوا ، فإن طلقوا بعثوا بنفقة ما مضى^(٨) .

(٢) في م : « وروى » .

(٣) في م : « عبيد » . خطأ .

(٤) في أ : « يفسخ » .

(٥) سورة البقرة ٢٢٩ .

(٦) في : باب ما جاء في الرجل إذا لم يجد ما ينفق على امرأته ، من كتاب الطلاق . السنن ٥٥/٢ .

كما أخرجه البيهقي ، في : باب الرجل لا يجد نفقة امرأته ، من كتاب النفقات . السنن الكبرى ٤٦٩/٧ . والإمام الشافعي ، انظر : الباب التاسع في النفقات ، من كتاب الطلاق . ترتيب المسند ٦٥/٢ . وابن أبي شيبة ، في : باب ما قالوا في الرجل يعجز عن نفقة امرأته ، من كتاب الطلاق . المصنف ٢١٣/٥ .

(٧) في ب ، م : « قال » .

(٨) أخرجه البيهقي ، في : باب الرجل لا يجد نفقة امرأته ، من كتاب النفقات . السنن الكبرى ٤٦٩/٧ . والإمام الشافعي ، انظر : الباب التاسع في النفقات ، من كتاب الطلاق . ترتيب المسند ٦٥/٢ . وعبد الرزاق ، في : باب الرجل يغيب عن امرأته فلا ينفق عليها ، من كتاب الطلاق . المصنف ٩٣/٧ ، ٩٤ . وابن أبي شيبة ، في : باب من قال : على الغائب نفقة ... ، من كتاب الطلاق . المصنف ٢١٤/٥ .

ولأنه إذا ثبتت الفسخ بالعجز عن الوطء ، والضرر فيه أقل ، لأنه إنما هو فقد لذّة وشهوة يقوم البدن بدونه ، فلأن يثبت بالعجز عن النفقة التي لا يقوم البدن إلا بها أولى . إذا ثبت هذا ، فإنه متى ثبت الإعسار بالنفقة على الإطلاق ، فللمرأة المطالبة بالفسخ ، من غير إنظار . وهذا أحد قولَي الشافعي . وقال حماد بن أبي سليمان : يؤجل سنة قياساً على العيين . وقال عمر بن عبد العزيز : اضربوا له شهراً أو شهرين . وقال مالك : الشهر ونحوه . وقال الشافعي في القول الآخر : يؤجل ثلاثاً ؛ لأنه قريب . ولنا ، ظاهر حديث عمر ، وأنه معني يثبت الفسخ ، ولم يرد الشرع بالإنظار فيه ، فوجب أن يثبت الفسخ في الحال ، كالعين ، ولأن سبب الفسخ الإعسار ، وقد وجد ، فلا يلزم التأخير .

فصل : وإن لم يجد النفقة إلا يوماً بيوم ، فليس ذلك إعساراً يثبت به الفسخ ؛ لأن ذلك هو الواجب عليه ، وقد قدر عليه . وإن وجد في أول النهار ما يُعَدُّها ، وفي آخره ما يُعَشِّها ، لم يكن لها الفسخ ؛ لأنها تصل إلى كفايتها ، وما يقوم به بدنها . وإن كان صانعاً يعمل في الأسبوع ما^(٩) يبيعه في يوم بقدر كفايتها في الأسبوع كله ، لم يثبت الفسخ ؛ لأن هذا يحصل الكفاية به^(١٠) في جميع زمانه . وإن تعدّر عليه الكسب في بعض زمانه ، أو تعدّر البيع ، لم يثبت الفسخ ؛ لأنه يمكن الاقتراض إلى زوال العارض ، وحصول الاكتساب . وإن عجز عن الاقتراض أياماً يسيرة لم يثبت الفسخ ؛ لأن ذلك يزول عن قريب^(١١) ، ولا يكاد يسلم منه كثير من الناس . وإن مرض مرضاً يرجي زواله في أيام يسيرة ، لم يفسخ ؛ لما ذكرناه . وإن كان ذلك يطول ، فلها الفسخ ؛ لأن الضرر الغالب يلحقها ، ولا يمكنها الصبر . وكذلك / إن كان لا يجد من النفقة إلا يوماً دون يوم ، فلها الفسخ ؛ لأنها لا يمكنها الصبر على هذا ، ويكون بمثابة من لا يجد إلا بعض القوت . وإن أعسر ببعض نفقة المُعسر ، ثبت لها الخيار ؛ لأن البدن لا يقوم بما دونها .

(٩) في ١ ، م : « بما » .

(١٠) سقط من : ١ ، ب ، م .

(١١) في م : « قريب » .

وإن أعسر بما زاد على نفقة المعسر ، فلا خيار لها ؛ لأن تلك الزيادة تسقط بإعساره ،
ويمكن الصبر عنها ، ويقوم البدن بما دونها . وإن أعسر بنفقة الخادم ، لم يثبت لها خيار ؛
لما ذكرنا ، وكذلك إن أعسر بالأدم . وإن أعسر بالكسوة ، فلها الفسخ ؛ لأن الكسوة
لابد منها ، ولا يمكن الصبر عنها ، ولا يقوم البدن بدونها . وإن أعسر بأجرة
المسكن^(١٢) ، ففيه وجهان ؛ أحدهما ، لها الخيار ؛ لأنه مما^(١٣) لابد منه ، فهو
كالنفقة والكسوة . والثاني ، لا خيار لها ؛ لأن البنية تقوم بدونه . وهذا الوجه هو^(١٤)
الذي ذكره^(١٥) القاضي . وإن أعسر بالنفقة الماضية ، لم يكن لها الفسخ ؛ لأنها دين
يقوم البدن بدونها^(١٥) ، فأشبهت سائر الديون . الحال^(١٦) الثاني ، أن يمتنع من الإنفاق
مع يساره ؛ فإن قدرت له على مال ، أخذت منه قدر حاجتها ، ولا خيار لها ؛ لأن النبي
ﷺ أمر هندا بالأخذ ، ولم يجعل لها الفسخ ، وإن لم تقدر ، رافعه إلى الحاكم ، فيأمره
بالإنفاق ، ويؤجره عليه ، فإن^(١٦) أبى حبسه ، فإن صبر على الحبس ، أخذ الحاكم
النفقة من ماله ، فإن لم يجد إلا عروضا أو عقارا ، باعها^(١٧) في ذلك . وبهذا قال مالك ،
والشافعي ، وأبو يوسف ، ومحمد ، وأبو ثور . وقال أبو حنيفة : النفقة في ماله من
الدنانير والدراهم ، ولا يبيع عرضا إلا بتسليم ؛ لأن بيع مال الإنسان لا ينفذ إلا بإذنه ،
أو إذن^(١٨) وليه ، ولا ولاية على الرشيد . ولنا ، قول النبي ﷺ له : « خذ ما
يكفيك » . ولم يفرق ، ولأن ذلك مال له ، فتؤخذ منه النفقة ، كالدرهم والدنانير ،
وللحاكم ولاية عليه إذا امتنع ، بدليل ولايته على دراهمه ودنانيره . وإن تعدرت النفقة في

(١٢) في ب ، م : « مسكن » .

(١٣) سقط من : ب .

(١٤) في م : « ذكر » .

(١٥) في أ : « بدونه » .

(١٦) في أ ، م : « قال » . خطأ .

(١٧) في الأصل : « باعه » .

(١٨) في أ : « وإذن » .

حَالِ غَيْبَتِهِ ، وَلَهُ وَكِيلٌ ، فَحُكْمُ وَكِيلِهِ حُكْمُهُ فِي الْمَطَالَبَةِ وَالْأَخْذِ مِنَ الْمَالِ عِنْدَ امْتِنَاعِهِ ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ وَكِيلٌ ، وَلَمْ يَقْدِرِ الْمَرْأَةُ عَلَى الْأَخْذِ ، أَخَذَ لَهَا الْحَاكِمُ مِنْ مَالِهِ ، وَبِجَوَازِ بَيْعِ عَقَارِهِ وَعَرُوضِهِ فِي ذَلِكَ ، إِذَا لَمْ تَجِدْ مَا تُنْفِقُ سِوَاهُ . وَيُنْفِقُ عَلَى الْمَرْأَةِ يَوْمًا بِيَوْمٍ . وَهَذَا قَالَ الشَّافِعِيُّ ، وَيَحْيَى بْنُ آدَمَ . وَقَالَ أَصْحَابُ الرَّأْيِ : يَفْرَضُ لَهَا فِي كُلِّ شَهْرٍ . وَلَنَا ، أَنَّ هَذَا تَعْجِيلٌ لِلنَّفَقَةِ قَبْلَ وَجُوبِهَا ، فَلَمْ يَجُزْ ، كَالْو^(١٩) عَجَّلَ لَهَا / نَفَقَةً زِيَادَةً عَلَى^(٢٠) شَهْرٍ . ١٨٦/٣

فصل : وَإِنْ غَيَّبَ مَالَهُ ، وَصَبَّرَ عَلَى الْحَبْسِ ، وَلَمْ يَقْدِرِ الْحَاكِمُ لَهُ عَلَى مَالٍ يَأْخُذْهُ ، أَوْ لَمْ^(٢١) يَقْدِرْ عَلَى أَخْذِ النَّفَقَةِ مِنْ مَالِ الْغَائِبِ ، فَلَهَا الْخِيَارُ فِي الْفَسْخِ ، فِي ظَاهِرِ قَوْلِ الْخِرَقِيِّ ، وَاخْتِيَارِ أَبِي الْخَطَّابِ . وَاخْتَارَ الْقَاضِي أَنَّهَا لَا تَمْلِكُ الْفَسْخَ ، وَهُوَ ظَاهِرُ مَذْهَبِ الشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّ الْفَسْخَ فِي الْمُعْسِرِ لَعَيْبِ الْإِعْسَارِ ، وَلَمْ يُوجَدْ هُنَا ، وَلِأَنَّ الْمُوسِرَ فِي مَظَنَّةِ إِمْكَانِ الْأَخْذِ مِنْ مَالِهِ ، وَإِذَا امْتَنَعَ فِي يَوْمٍ ، فَرُبَّمَا لَا^(٢٢) يَمْتَنِعُ فِي^(٢٣) الْعَدِ ، بِخِلَافِ الْمُعْسِرِ . وَلَنَا ، أَنَّ عَمَرَ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، كَتَبَ فِي رِجَالٍ غَابُوا عَنْ نِسَائِهِمْ ، فَأَمَرَهُمْ أَنْ يُنْفِقُوا أَوْ يُطَلَّقُوا . وَهَذَا إِجْبَارٌ عَلَى الطَّلَاقِ عِنْدَ الْامْتِنَاعِ مِنَ الْإِنْفَاقِ ، وَلِأَنَّ الْإِنْفَاقَ عَلَيْهَا مِنْ مَالِهِ مُتَعَذِّرٌ^(٢٤) ، فَكَانَ لَهَا الْخِيَارُ ، كَحَالِ الْإِعْسَارِ ، بَلْ هَذَا أَوْلَى بِالْفَسْخِ ، فَإِنَّهُ إِذَا جَازَ الْفَسْخُ عَلَى الْمَعْدُورِ ، فَعَلَى غَيْرِهِ أَوْلَى ، وَلِأَنَّ فِي الصَّبْرِ ضَرَرًا أَمَكْنَ إِزَالَتَهُ بِالْفَسْخِ ، فَوَجَبَتْ إِزَالَتُهُ ، وَلِأَنَّهُ نَوْعٌ تَعَذُّرٌ يُجَوِّزُ الْفَسْخَ ، فَلَمْ يَفْتَرِقِ الْحَالُ بَيْنَ الْمُوسِرِ وَالْمُعْسِرِ ، كَأَدَاءِ^(٢٥) ثَمَنِ الْمَبِيعِ ، فَإِنَّهُ لَا فَرْقَ فِي جَوَازِ الْفَسْخِ بَيْنَ^(٢٦) أَنْ يَكُونَ الْمَشْتَرِي مُعْسِرًا ، وَبَيْنَ أَنْ يَهْرُبَ قَبْلَ أَدَاءِ الثَّمَنِ ، وَعَيْبُ الْإِعْسَارِ إِنَّمَا جَوَّزَ

(١٩) سقط من : ١ ، م .

(٢٠) في ١ ، ب ، م : « عن » .

(٢١) في ب : « ولم » .

(٢٢-٢٣) في الأصل : « يمنع » .

(٢٣) في ب ، م : « يتعذر » .

(٢٤) في م : « كما إذا أدى » .

(٢٥) في الأصل : « من » .

الْفَسْخَ لَتَعْدِرِ الْإِنْفَاقَ ، بِدَلِيلِ أَنَّهُ لَوْ اقْتَرَضَ مَا يُنْفِقُ عَلَيْهَا ، أَوْ تَبَرَّعَ لَهُ إِنْسَانٌ بِدَفْعِ مَا يُنْفِقُهُ ، لَمْ تَمْلِكِ الْفَسْخَ . وَقَوْلُهُمْ : إِنَّهُ يَحْتَمِلُ أَنْ يُنْفَقَ فِيمَا بَعْدَ هَذَا . قُلْنَا : وَكَذَلِكَ الْمُعْسِرُ ، يَحْتَمِلُ أَنْ يُغْنِيَهُ اللَّهُ ، وَأَنْ يَقْتَرِضَ ، أَوْ يُعْطَى مَا يُنْفِقُهُ ، فَاسْتَوَى .

فصل : وَمَنْ وَجَبَتْ عَلَيْهِ نَفَقَةُ امْرَأَتِهِ ، وَكَانَ لَهُ عَلَيْهَا دَيْنٌ ، فَأَرَادَ أَنْ يَحْتَسِبَ عَلَيْهَا بِدَيْنِهِ مَكَانَ نَفَقَتِهَا ، فَإِنْ كَانَتْ مُوسِرَةً ، فَلَهُ ذَلِكَ ؛ لِأَنَّ مَنْ عَلَيْهِ حَقٌّ فَلَهُ أَنْ يَقْضِيَهُ مِنْ أَىْ أَمْوَالِهِ شَاءَ ، وَهَذَا مِنْ مَالِهِ ، وَإِنْ كَانَتْ مُعْسِرَةً ، لَمْ يَكُنْ لَهُ ذَلِكَ ؛ لِأَنَّ قَضَاءَ الدَّيْنِ إِنَّمَا يَجِبُ فِي الْفَاضِلِ مِنْ قُوْتِهِ ، وَهَذَا لَا يَفْضُلُ عَنْهَا ، وَلِأَنَّ اللَّهَ تَعَالَى أَمَرَ بِإِنْظَارِ الْمُعْسِرِ ، بِقَوْلِهِ سُبْحَانَهُ : ﴿ وَإِنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَى مَيْسَرَةٍ ﴾ (٢٦) . فَيَجِبُ إِنْظَارُهَا بِمَا عَلَيْهَا .

فصل : وَكُلُّ مَوْضِعٍ ثَبَتَ لَهَا الْفَسْخُ لِأَجْلِ النَّفَقَةِ ، لَمْ يَجْزِ (٢٧) إِلَّا بِحُكْمِ الْحَاكِمِ (٢٨) ؛ لِأَنَّهُ فَسْخٌ مُخْتَلَفٌ فِيهِ ، فَاتَّقَرَّ إِلَى الْحَاكِمِ ، كَالْفَسْخِ بِالْعُنَّةِ (٢٩) ، وَلَا يَجُوزُ لَهُ التَّفْرِيقُ إِلَّا أَنْ تَطْلُبَ الْمَرْأَةُ ذَلِكَ ؛ لِأَنَّهُ لِحَقِّهَا ، فَلَمْ يَجْزِ مِنْ غَيْرِ طَلِبِهَا ، كَالْفَسْخِ لِلْعُنَّةِ . فَإِذَا فَرَّقَ الْحَاكِمُ بَيْنَهُمَا ، فَهُوَ فَسْخٌ لَا رَجْعَةَ لَهُ فِيهِ . وَهَذَا قَالَ / ١٨٦/٣ ظ الشَّافِعِيُّ ، وَابْنُ الْمُنْذِرِ . وَقَالَ مَالِكٌ : هُوَ تَطْلِيْقَةٌ ، وَهُوَ أَحَقُّ بِهَا إِنْ أَيْسَرَ فِي عِدَّتِهَا ؛ لِأَنَّهُ تَفْرِيقٌ لِامْتِنَاعِهِ مِنَ الْوَاجِبِ عَلَيْهَا ، فَأَشْبَهَ تَفْرِيقَهُ بَيْنَ الْمُوَلَى وَامْرَأَتِهِ إِذَا امْتَنَعَ مِنَ الْفَيْقَةِ وَالطَّلَاقِ . وَلَنَا ، أَنَّهَا فُرْقَةٌ لِعَجْزِهِ عَنِ الْوَاجِبِ لَهَا عَلَيْهِ ، أَشْبَهَتْ فُرْقَةَ الْعُنَّةِ . فَأَمَّا إِنْ أَجْبَرَهُ الْحَاكِمُ عَلَى الطَّلَاقِ ، فَطَلَّقَ أَقَلَّ مِنْ ثَلَاثٍ ، فَلَهُ الرَّجْعَةُ عَلَيْهَا مَا دَامَتْ فِي الْعِدَّةِ ، فَإِنْ رَاجَعَهَا وَهُوَ مُعْسِرٌ ، أَوْ امْتَنَعَ مِنَ الْإِنْفَاقِ عَلَيْهَا ، وَلَمْ يُمَكِّنِ الْأَخْذَ مِنْ مَالِهِ ، فَطَلَبَتِ الْمَرْأَةُ الْفَسْخَ ، فَلِلْحَاكِمِ الْفَسْخُ ؛ لِأَنَّ الْمُقْتَضَى لَهُ بَاقٍ ، أَشْبَهَ مَا قَبْلَ الطَّلَاقِ .

(٢٦) سورة البقرة ٢٨٠ .

(٢٧) في زيادة : « لَهَا » .

(٢٨) في ١ : « حَاكِمٌ » .

(٢٩) في الأصل : « بِالْغِيَةِ » .

فصل : وإن رَضِيَتْ بِالْمُقَامِ مَعَهُ عُسْرَتَهُ أَوْ تَرَكَ إِنْفَاقَهُ ، ثُمَّ بَدَأَ لَهَا الْفَسْخُ ، أَوْ تَزَوَّجَتْ مُعْسِرًا عَالِمَةً بِحَالِهِ ، رَاضِيَةً بِعُسْرَتِهِ ، وَتَرَكَ إِنْفَاقَهُ ، أَوْ شَرَطَ عَلَيْهَا أَنْ لَا يَنْفِقَ عَلَيْهَا ، ثُمَّ عَنَّ لَهَا الْفَسْخُ ، فَلَهَا ذَلِكَ . وَهَذَا قَالَ الشَّافِعِيُّ . وَقَالَ الْقَاضِي : ظَاهِرُ كَلَامِ أَحْمَدَ ، لَيْسَ لَهَا الْفَسْخُ ، وَيَبْطُلُ خِيَارُهَا فِي الْمَوْضِعَيْنِ . وَهُوَ قَوْلُ مَالِكٍ ؛ لِأَنَّهَا رَضِيَتْ بِعَيْبِهِ ، وَدَخَلَتْ فِي الْعَقْدِ عَالِمَةً بِهِ ، فَلَمْ تَمْلِكِ الْفَسْخَ ، كَمَا لَوْ تَزَوَّجَتْ عَيْنًا عَالِمَةً بِعُتْبَتِهِ ، أَوْ قَالَتْ بَعْدَ الْعَقْدِ : قَدْ رَضِيْتُ بِهِ عَيْنًا . وَلَنَا ، أَنَّ وُجُوبَ النِّفْقَةِ يَتَجَدَّدُ فِي كُلِّ يَوْمٍ ، فَيَتَجَدَّدُ لَهَا الْفَسْخُ ، وَلَا يَصِحُّ إِسْقَاطُ حَقِّهَا فِيمَا لَمْ يَجِبْ لَهَا ، كَمَا إِسْقَاطُ شَفْعَتِهَا قَبْلَ الْبَيْعِ ، وَلِذَلِكَ لَوْ أَسْقَطَتِ النِّفْقَةَ الْمُسْتَقْبَلَةَ لَمْ تَسْقُطْ ، وَلَوْ أَسْقَطَتْهَا أَوْ أَسْقَطَتِ الْمَهْرَ قَبْلَ النِّكَاحِ لَمْ يَسْقُطْ ، وَإِذَا لَمْ يَسْقُطْ وَجُوبُهَا ، لَمْ يَسْقُطِ الْفَسْخُ الثَّابِتُ بِهِ . وَإِنْ أَعْسَرَ بِالْمَهْرِ ، وَقُلْنَا : لَهَا الْفَسْخُ لِإِعْسَارِهِ بِهِ . فَرَضِيَتْ بِالْمُقَامِ ، لَمْ يَكُنْ لَهَا الْفَسْخُ ؛ لِأَنَّ وُجُوبَهُ لَمْ يَتَجَدَّدْ ، بِخِلَافِ النِّفْقَةِ ، وَلَوْ تَزَوَّجَتْهُ ، عَالِمَةً بِإِعْسَارِهِ بِالْمَهْرِ ، رَاضِيَةً بِذَلِكَ ، فَيَنْبَغِي أَنْ لَا تَمْلِكِ الْفَسْخَ بِإِعْسَارِهِ بِهِ ؛ لِأَنَّهَا^(٣٠) رَضِيَتْ بِذَلِكَ فِي وَقْتِ لَوْ أَسْقَطَتْهُ فِيهِ سَقَطَ .

فصل : إِذَا رَضِيَتْ بِالْمُقَامِ مَعَهُ ذَلِكَ ، لَمْ يَلْزَمْهَا التَّمَكُّينُ مِنَ الْاسْتِمْتَاعِ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يُسَلِّمْ إِلَيْهَا^(٣١) عَوَضَهُ ، فَلَمْ يَلْزَمْهَا تَسْلِيمُهُ ، كَمَا لَوْ أَعْسَرَ الْمُشْتَرِي بِشَمَنِ الْمَبِيعِ ، لَمْ يَجِبْ تَسْلِيمُهُ إِلَيْهِ ، وَعَلَيْهِ تَخْلِيَةُ سَبِيلِهَا ، لِتَكْتَسِبَ لَهَا ، وَتُحْصَلَ مَا تُنْفِقُهُ عَلَى نَفْسِهَا ؛ لِأَنَّ فِي حَبْسِهَا بَغِيرِ نَفْقَةٍ إِضْرَارًا بِهَا . وَلَوْ كَانَتْ مُوسِرَةً ، / لَمْ يَكُنْ لَهُ حَبْسُهَا ؛ لِأَنَّهُ إِنَّمَا يَمْلِكُ حَبْسَهَا إِذَا كَفَّاهَا^(٣٢) الْمُؤْنَةَ ، وَأَغْنَاهَا عَمَّا لَا بُدَّ لَهَا مِنْهُ ، وَلِحَاجَتِهِ إِلَى الْاسْتِمْتَاعِ الْوَاجِبِ عَلَيْهَا ، فَإِذَا انْتَفَى الْأَمْرَانِ ، لَمْ يَمْلِكِ حَبْسَهَا .

فصل : وَمَنْ تَرَكَ الْإِنْفَاقَ الْوَاجِبَ لَامْرَأَةً^(٣٣) مُدَّةً ، لَمْ يَسْقُطْ بِذَلِكَ ، وَكَانَتْ^(٣٤) دَيْنًا

(٣٠) فِي الْأَصْلِ : « لِأَنَّهُ » .

(٣١) سَقَطَ مِنْ : ب .

(٣٢) فِي ١ : « أَكْفَاهَا » .

(٣٣) فِي ١ ، م : « لِامْرَأَتِهِ » .

(٣٤) فِي ١ ، م : « وَكَانَ » .

في ذمته ، سواء تركها^(٣٥) لعذر أو غير عذر ، في أظهر الروايتين . وهذا قول الحسن ، ومالك ، والشافعي ، وإسحاق ، وابن المنذر . والرواية الأخرى : تسقط نفقتها ، ما لم يكن الحاكم قد فرضها لها . وهذا مذهب أبي حنيفة ؛ لأنها نفقة تجب يوماً فيوماً ، فتسقط بتأخيرها إذا لم يفرضها الحاكم ، كنفقة الأقارب ، ولأن نفقة الماضي قد استغنى عنها بمضي وقتها ، فتسقط ، كنفقة الأقارب . ولنا ، أن عمر ، رضي الله عنه ، كتب إلى أمراء الأجناد ، في رجال غابوا عن نسائهم ، يأمرهم بأن^(٣٦) ينفقوا أو يطلقوا ، فإن طلقوا بعثوا بنفقة ما مضى . ولأنها حق يجب مع اليسار والإعسار ، فلم يسقط بمضي^(٣٧) الزمان ، كأجرة العقار والديون . قال ابن المنذر : هذه نفقة وجبت بالكتاب والسنة والإجماع ، ولا يزول ما وجب بهذه الحجج إلا بمثلها . ولأنها عوض واجب ، فأشبهت الأجرة . وفارق نفقة الأقارب ، فإنها صلة يُعتبر فيها اليسار من المنفق والإعسار ممن تجب له ، وجبت لترجية^(٣٨) الحال ، فإذا مضى زمنها^(٣٩) استغنى عنها ، فأشبه ما لو استغنى عنها بيساره ، وهذه بخلاف ذلك . إذا ثبت هذا ، فإنه إن^(٤٠) ترك الإنفاق عليها مع يساره ، فعليه النفقة بكمالها ، وإن تركها لإعساره ، لم يلزمه [إلا] نفقة المعسر ؛ لأن الزائد سقط بإعساره .

فصل : ويصح ضمان النفقة ، ما وجب منها وما يجب في المستقبل ، إذا قلنا : إنها تثبت في الذمة . وقال الشافعي : يصح ضمان ما وجب ، وفي ضمان المستقبل وجهان ، بناءً على أن النفقة هل تجب بالعقد أو بالتمكين ؟ ومبنى الخلاف على ضمان

(٣٥) في ١ ، م : « تركه » .

(٣٦) في ١ ، م : « أن » .

(٣٧) في ب : « نفقة » .

(٣٨) ترجية الحال : تيسيره .

(٣٩) في ب : « زمن » .

(٤٠) سقط من : ١ ، م .

ما لم يَجِبْ إذا كان مآله إلى الوجوب ، فعندنا يَصِحُّ ، وعندهم لا يَصِحُّ . وقد ذكرنا ذلك في باب الضمان^(٤١) .

فصل : وإن أعسر بنفقة الخادم أو الأدم أو المسكين ، ثبت ذلك في ذمته . وبهذا ^{١٨٧/٨} ظ قال الشافعي . وقال القاضي : لا يثبت ؛ لأنه من الزوائد / ، فلم يثبت في ذمته ، كالزائد عن الواجب عليه . ولنا ، أنها نفقة تجب على سبيل العوض ، فتثبت في الذمة ، كالنفقة الواجبة للمرأة قوياً ، وفارق الزائد عن نفقة المعسر^(٤٢) ، فإنه يسقط بالإعسار .

فصل : وإذا أنفقت المرأة على نفسها من مال زوجها الغائب ، ثم بان أنه قد مات قبل إنفاقها ، حسب عليها ما أنفقته من ميراثها ، سواء أنفقته بنفسها ، أو بأمر الحاكم . وبهذا قال أبو العالِيَّة ، ومحمد بن سيرين ، والشافعي ، وابن المنذر . ولا أعلم عن غيرهم خلافهم ؛ لأنها أنفقت ما لا تستحق . وإن فضل لها شيء ، فهو لها . وإن فضل عليها شيء ، وكان لها صداق أو دين على زوجها ، حسب منه ، وإن لم يكن لها شيء من ذلك ، كان الفضل ديناً عليها ، والله أعلم .

فصل : وإن أعسر الزوج بالصداق ، ففيه ثلاثة أوجه ؛ أصحها ، ليس لها الفسخ . وهو اختيار ابن حامد . والثاني ، لها الفسخ . وهو اختيار أبي بكر ؛ لأنه أعسر بالعوض ، فكان لها الرجوع في المعوض ، كما لو أعسر بتمن مبيعها . والثالث ، إن أعسر قبل الدخول ، فلها الفسخ ، كما لو أفلس المشتري والمبيع بحاله ، وإن كان بعد الدخول ، لم تملك الفسخ ؛ لأن المعقود عليه قد استوفى ، فأشبهه ما لو أفلس المشتري بعد تلف المبيع أو بعضه . ولنا ، أنه دين ، فلم يفسخ النكاح بالإعسار به ، كالنفقة الماضية ، ولأن تأخيرها ليس فيه ضررٌ مجحف ، فأشبهه نفقة الخادم والنفقة الماضية ، ولأنه لا

(٤١) تقدم في : ٧٥/٧ .

(٤٢) في الأصل : « المعسرة » .

نَصَّ فِيهِ ، وَلَا^(٤٣) يَصِحُّ قِيَاسُهُ عَلَى الثَّمَنِ فِي^(٤٤) الْمَبِيعِ ؛ لِأَنَّ الثَّمَنَ كُلَّ مَقْصُودِ الْبَائِعِ ،
وَالْعَادَةُ تَعْجِيلُهُ ، وَالصَّدَاقُ فَضْلَةٌ^(٤٥) وَنَحْلَةٌ ، لَيْسَ هُوَ الْمَقْصُودُ فِي النِّكَاحِ ، وَلِذَلِكَ لَا
يَفْسُدُ النِّكَاحُ بِفَسَادِهِ ، وَلَا بِتَرْكِ ذِكْرِهِ ، وَالْعَادَةُ تَأْخِيرُهُ ، وَلِأَنَّ أَكْثَرَ مَنْ يَشْتَرِي بِثَمَنِ
حَالٍّ يَكُونُ مُوسِرًا بِهِ ، وَلَيْسَ الْأَكْثَرُ أَنْ مَنْ تَزَوَّجَ بِمَهْرٍ يَكُونُ مُوسِرًا بِهِ ، وَلَا يَصِحُّ قِيَاسُهُ
عَلَى النَّفَقَةِ ؛ لِأَنَّ الضَّرُورَةَ لَا تُنْدَفِعُ إِلَّا بِهَا ، بِخِلَافِ الصَّدَاقِ ، فَأَشْبَهُ شَيْءٌ بِهِ النَّفَقَةُ
الْمَاضِيَةُ . وَلِلشَّافِعِيِّ نَحْوُ هَذِهِ الْوُجُوهِ . وَإِذَا^(٤٦) قُلْنَا : لَهَا الْفَسْخُ لِلْإِعْسَارِ بِهِ . فَتَزَوَّجَتْهُ
عَالِمَةٌ بَعْسَرَتِهِ ، فَلَا خِيَارَ لَهَا ، وَجْهًا وَاحِدًا ؛ لِأَنَّهَا رَضِيَتْ بِهِ كَذَلِكَ . وَكَذَلِكَ إِنْ
عَلِمَتْ عُسْرَتَهُ بَعْدَ الْعَقْدِ ، فَرَضِيَتْ بِالْمُقَامِ ، سَقَطَ حَقُّهَا مِنَ الْفَسْخِ ؛ لِأَنَّهَا رَضِيَتْ
بِإِسْقَاطِ / حَقِّهَا بَعْدَ وَجُوبِهِ^(٤٧) ، فَسَقَطَ ، كَمَا لَوْ رَضِيَتْ بِعُتْبَتِهِ^(٤٨) .

١٨٨/٨ و

فصل : وَنَفَقَةُ الْأَمَةِ الْمُزَوَّجَةِ حَقٌّ لَهَا وَلِسَيِّدِهَا ؛ لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا يَتَنَفَّعُ بِهَا ، وَلِكُلِّ
وَاحِدٍ مِنْهُمَا طَلَبُهَا إِنْ أَمْتَنَعَ الزَّوْجُ مِنْ أَدَائِهَا ، وَلَا يَمْلِكُ وَاحِدٌ مِنْهُمَا إِسْقَاطَهَا ؛ لِأَنَّ فِي
سُقُوطِهَا بِإِسْقَاطِ أَحَدِهِمَا ضَرَرًا بِالْآخَرِ . وَإِنْ أَعْسَرَ الزَّوْجُ بِهَا ، فَلَهَا الْفَسْخُ ؛ لِأَنَّهُ
عَجَزَ عَنْ نَفَقَتِهَا ، فَمَلَكَتِ الْفَسْخَ ، كَالْحُرَّةِ ، وَإِنْ لَمْ تَفْسَخْ ، فَقَالَ الْقَاضِي : لِسَيِّدِهَا
الْفَسْخُ ؛ لِأَنَّ عَلَيْهِ ضَرَرًا فِي عَدَمِهَا ، لَمَا يَتَعَلَّقُ بِقَوَاتِهَا مِنْ قَوَاتِ مِلْكِهِ وَتَلَفِهِ ، فَإِنْ أَنْفَقَ
عَلَيْهَا سَيِّدُهَا مُحْتَسِبًا بِالرُّجُوعِ ، فَلَهُ الرُّجُوعُ بِهَا عَلَى الزَّوْجِ ، رَضِيَتْ بِذَلِكَ أَوْ
كَرِهَتْ ؛ لِأَنَّ الدَّيْنَ خَالِصُ حَقِّهِ ، لَا حَقَّ لَهَا فِيهِ ، وَإِنَّمَا تَعَلَّقَ حَقُّهَا بِالنَّفَقَةِ الْحَاضِرَةِ ،
لَوْجُوبِ صَرَفِهَا إِلَيْهَا ، وَقَوَامِ بَدَنِهَا بِهَا ، بِخِلَافِ الْمَاضِيَةِ . وَقَالَ أَبُو الْحَطَّابِ ،
وَأَصْحَابُ الشَّافِعِيِّ : لَيْسَ لِسَيِّدِهَا الْفَسْخُ لِعُسْرَةِ زَوْجِهَا بِالنَّفَقَةِ ؛ لِأَنَّهَا حَقٌّ لَهَا ، فَلَمْ
يَمْلِكْ سَيِّدُهَا الْفَسْخَ دُونَهَا ، كَالْفَسْخِ لِلْعَيْبِ ، فَإِنْ كَانَتْ مَعْتُوهُةً ، أَنْفَقَ الْمَوْلَى ،

(٤٣) فِي الْأَصْلِ : « فَلَا » .

(٤٤) سَقَطَ مِنْ : ب ، م .

(٤٥) فِي ب : « وَصِلَةٌ » .

(٤٦) سَقَطَتِ الْوَاوُ مِنْ : ب ، م .

(٤٧) فِي الْأَصْلِ ، ب : « وَجُوبِهَا » .

(٤٨) فِي النِّسْخِ : « بَعِينَتُهُ » .

وتكون النفقة دينًا في ذمة الزوج ، وإن كانت عاقلة قال لها السيد : إن أردت النفقة ، فافسخي النكاح ، وإلا فلا نفقة لك عندي .

فصل : وإن اختلف الزوجان في الإنفاق عليها ، أو في تقبيلها نفقتها ، فالقول قول المرأة ؛ لأنها منكرة ، والأصل معها . وإن اختلفا في التمكين الموجب للنفقة ، أو في وقته ، فقالت : كان ذلك من شهر . فقال : بل من يوم . فالقول قوله ؛ لأنه منكّر ، والأصل معه . وإن اختلفا في يساره ، فادّعت المرأة^(٤٩) ليفرض لها نفقة الميسرين ، أو قالت : كنت موسراً . وأنكر ذلك ، فإن عُرف له مال ، فالقول قولها ، وإلا فالقول قوله . وهذا كله قال الشافعي ، وأبو ثور ، وأصحاب الرأي . وإن اختلفا في فرض الحاكم للنفقة ، أو في وقتها ، فقال : فرضها منذ شهر . فقالت : بل منذ عام . فالقول قوله . وهذا قال الشافعي ، وأصحاب الرأي . وقال^(٥٠) مالك : إن كان مقيمًا معها ، فالقول قوله ، وإن كان غائبًا عنها ، فالقول قول المرأة من يوم رفعت أمرها إلى الحاكم . ولنا ، أن قوله يوافق الأصل ، فقدّم ، كما لو كان مقيمًا معها ، وكل من قلنا^(٥١) : القول / قوله . فلخصمه عليه اليمين ؛ لأنها دعاوى^(٥٢) في المال ، فأشبهت دعوى الدين ، ولأن النبي ﷺ قال : « ولكن اليمين على المدعى عليه »^(٥٣) . وإن دفع الزوج إلى امرأته نفقة وكسوة ، أو بعث به إليها ، فقالت : إنما فعلت ذلك تبرعًا وهبة . وقال : بل وفاء للواجب على . فالقول قوله ؛ لأنه أعلم بنيتها ، أشبه ما لو قضى دينه واختلف هو وغريمه في نيته . وإن طلق امرأته ، وكانت حاملاً فوضعت ، فقال : طلقتك حاملاً ، فأنقضت عدلتك بوضع الحمل ، وانقطعت نفقتك ورجعتك .

(٤٩) في الأصل بعد هذا : « والزوج » . وفي ١ ، م : « أو الزوج » . وحذفنا ذلك كله تبعاً لما في الشرح الكبير .

(٥٠) سقطت الواو من : الأصل ، م .

(٥١) في الأصل : « قلت » .

(٥٢) في ١ : « دعا » . وفي م : « دعاو » .

(٥٣) تقدم تخريجه ، في : ٥٢٥/٦ .

وقالت : بل بعد الوضج ، فلي النفقة ، ولك الرجعة . فالقول قولها ؛ لأن الأصل بقاء النفقة ، وعدم المسقط لها ، وعليها العدة ، ولا رجعة للزوج ؛ لإقراره بعدمها . وإن رجع^(٥٤) فصَدَّقَها ، فله الرجعة ؛ لأنها مُقرَّةٌ له بها . ولو^(٥٥) قال : طَلَّقْتُكَ بعد الوضج ، فلي الرجعة ، ولك النفقة . وقالت : بل وأنا حامل . فالقول قوله ؛ لأن الأصل بقاء الرجعة ، ولا نفقة لها ، ولا عدة عليها ؛ لأنها حَقُّ لله^(٥٦) تعالى ، فالقول قولها فيها . وإن عاد فصَدَّقَها ، سَقَطَتْ رَجْعَتُهُ ، وَوَجَبَ لها النفقة . هذا في ظاهر الحكم ، فأما فيما بينه وبين الله تعالى ، فَيُنْبِئُ على ما يَعْلَمُهُ من حقيقة الأمر دُونَ ما قاله .

فصل : وإن طَلَّقَ الرَّجُلُ امرأته ، فادَّعَتْ أَنَّها حاملٌ ، لتكون لها النفقة ، أَتَفَقَّ عليها ثلاثة أشهر ، ثم تُرَى القَوَابِلُ بعد ذلك ؛ لأنَّ الحمل^(٥٧) يَبِينُ بعد ثلاثة أشهر ، إِلَّا أن تَظْهَرَ براءَتُها من الحمل بالحَيْضِ أو بغيره ، فَتَنْقَطِعْ نفقَتُها ، كما تَنْقَطِعُ إذا قال القوابِلُ : ليست حاملاً . وَيَرْجِعُ عليها بما أَتَفَقَّ ؛ لأنها أَخَذَتْ منه ما لا تَسْتَحِقُّه ، فَرَجَعَ عليها ، كما لو ادَّعَتْ عليه دَيْتاً وأَخَذَتْه منه ، ثم تَبَيَّنَ كَذِبُها . وعن أحمد ، رواية أخرى : لا يَرْجِعُ عليها ؛ لأنه أَتَفَقَّ عليها بِحُكْمِ آثارِ النكاح ، فلم يَرْجِعْ به ، كالنَّفَقَةِ في النكاح الفاسد^(٥٨) إذا تَبَيَّنَ فساده . وإن عِلِمَتْ براءَتُها من الحمل بالحَيْضِ ، فَكَتَمَتْه ، فَيُنْبَغِي أن يَرْجِعَ عليها ، قولاً واحداً ؛ لأنها أَخَذَتْ^(٥٩) النفقة مع عِلْمِها بِبراءَتِهِ^(٦٠) منها^(٦١) ، كما لو أَخَذَتْها من ماله بغير عِلْمِهِ . وإن ادَّعَتْ الرَّجْعِيَّةَ الحَمْلَ ، فَأَتَفَقَّ عليها أَكْثَرَ من مُدَّةِ عِدَّتِها ، رَجَعَ عليها بالزَّيَادَةِ ، وَيَرْجِعُ في مُدَّةِ الْعِدَّةِ إليها ؛ لأنها أَعْلَمُ بها ، فالقول قولها

(٥٤) في ا ، ب ، م : « راجع » .

(٥٥) في م : « وإن » .

(٥٦) في ب ، م : « الله » .

(٥٧) في ا : « الحمل » .

(٥٨) سقط من : ب .

(٥٩) في ب ، م : « أخذ » .

(٦٠) في الأصل : « براءته » . وفي م : « براءتها » .

(٦١) سقط من : م .

١٨٩/٨ فيها مع يمينها . فإن قالت : قد ارتفع حيضي ، ولم أذكر مرقعة . فعَدَّتْهَا / سَنَةً إن كانت حُرَّةً . وإن قالت : قد انقضت بثلاثة قُرُوءٍ . وذكرت آخرها ، فلها النِّفَقَةُ إلى ذلك ، ويرجع عليها بالزَّائد . وإن قالت : لا أدري متى آخرها . رجَعْنَا إلى عَادَتِهَا ، فحَسَبْنَا لها بها . وإن قالت : عادتي تختلف فتطول وتقصُر . انقضت العِدَّةُ ^(٦٢) بالاقصَر ؛ لأنَّه اليقين . وإن قالت : عادتي تختلف ، ولا أعلم . ردَدْنَاها إلى غالبِ عاداتِ النساءِ ، في كلِّ شهرٍ قُرءٌ ؛ لأنَّا ردَدْنَا الْمُتَحِيرَةَ إلى ذلك في أحكامها ، فكذلك هذه . وإن بان أنَّها حامِلٌ من غيره ، مثل أن تلده ^(٦٣) لأكثر من ^(٦٢) أربع سنين ، فلا نفقة عليه لمُدَّةِ حملها ؛ لأنَّه من غيره . وإن كانت رجعيةً ، فلها النِّفَقَةُ في مُدَّةِ عِدَّتِهَا ، فإن كانت ^(٦٤) انقضت قبل حملها ، فلها النِّفَقَةُ إلى انقضائها ، وإن حملت في أثناء عِدَّتِهَا ، فلها النِّفَقَةُ إلى الوطء الذي حملت ، ثم لا نفقة لها حتى تضع حملها ، ثم تكون لها النِّفَقَةُ في تمام عِدَّتِهَا . وإن وطئها زوجها ^(٦٥) في العِدَّةِ الرَّجعية ، حصلت الرجعة . وإن قلنا : لا تحصل . فالنسب لاحتق به ، وعليه النِّفَقَةُ لمُدَّةِ حملها . وإن وطئها بعد انقضاء عِدَّتِهَا ، أو وطئ البائن ، عالمًا بذلك وبتحريمه ، فهو زنى ، لا يلحقه نسب الولد ، ولا نفقة عليه من أجله . وإن جهل بينوتها ، أو انقضاء ^(٦٦) عِدَّةِ الرَّجعية ، أو تحريم ^(٦٧) ذلك وهو ممن يجهله ، لحقه نسبه ^(٦٨) ، وفي وجوب النِّفَقَةِ عليه روايتان .

١٣٨٢ - مسألة ؛ قال : (ويُجبر الرجل على نفقة والدته ، وولده ، الذكور والإناث ، إذا كانوا فقراء ، وكان ^(١) له ما ينفق عليهم)

(٦٢) سقط من : ب .

(٦٣-٦٢) في ا ، ب ، م : « تلده بعد » .

(٦٤) في ب زيادة : « قد » .

(٦٥) في ب : « زوجة » .

(٦٦) في ب : « وانقضاء » .

(٦٧) في ب : « وتحريم » .

(٦٨) في ب : « النسب » .

(١) سقط من : الأصل .

الأصل في وجوب نفقة الوالدين والمولودين الكتاب والسنة والإجماع ؛ أما الكتاب فقول الله تعالى : ﴿ فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَارْزُقْنَهُنَّ أَجُورَهُنَّ ﴾ ^(٢) . أَوْجَبَ أَجْرَ رِضَاعِ الْوَلَدِ عَلَى أَبِيهِ ، وَقَالَ سُبْحَانَهُ : ﴿ وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ ﴾ ^(٣) . وَقَالَ سُبْحَانَهُ : ﴿ وَقَضَى رَبُّكَ أَلَّا تَعْبُدُوا إِلَّا إِيَّاهُ وَبِالْوَالِدَيْنِ إِحْسَانًا ﴾ ^(٤) . وَمِنَ الْإِحْسَانِ الْإِنْفَاقُ عَلَيْهِمَا عِنْدَ حَاجَتِهِمَا . وَمِنَ السُّنَّةِ قَوْلُ النَّبِيِّ ﷺ لِهَيْدٍ : « خُذِي مَا يَكْفِيكَ وَوَلَدِكَ بِالْمَعْرُوفِ » . مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ ^(٥) . وَرَوَتْ عَائِشَةُ ، أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ : « إِنَّ أَطْيَبَ / مَا أَكَلَ الرَّجُلُ مِنْ كَسْبِهِ ، وَإِنْ وَلَدَهُ مِنْ كَسْبِهِ » . رَوَاهُ أَبُو دَاوُدَ ^(٦) . وَأَمَّا الْإِجْمَاعُ ، فَحَكَى ابْنُ الْمُنْذِرِ ، قَالَ : أَجْمَعَ أَهْلُ الْعِلْمِ عَلَى أَنَّ نَفَقَةَ الْوَالِدَيْنِ الْفَقِيرَيْنِ الَّذِينَ لَا كَسْبَ لَهُمَا ، وَلَا مَالٍ ، وَاجِبَةٌ فِي مَالِ الْوَلَدِ ، وَأَجْمَعَ كُلُّ مَنْ نَحْفَظُ عَنْهُ مِنْ أَهْلِ الْعِلْمِ ، عَلَى أَنَّ عَلَى الْمَرْءِ نَفَقَةَ أَوْلَادِهِ الْأَطْفَالِ الَّذِينَ لَا مَالَ لَهُمْ . وَلَئِنْ وَلَدَ الْإِنْسَانُ بَعْضُهُ ، وَهُوَ بَعْضُ وَالِدِهِ ، فَكَمَا يَجِبُ عَلَيْهِ أَنْ يُنْفِقَ عَلَى نَفْسِهِ وَأَهْلِهِ ، كَذَلِكَ عَلَى بَعْضِهِ وَأَصْلِهِ . إِذَا ثَبَتَ هَذَا ، فَإِنَّ الْأُمَّ تَجِبُ نَفَقَتُهَا ، وَيَجِبُ عَلَيْهَا أَنْ تُنْفِقَ عَلَى وَلَدِهَا إِذَا لَمْ يَكُنْ لَهُ أَبٌ . وَهَذَا قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ ، وَالشَّافِعِيُّ . وَحَكَى عَنْ مَالِكٍ ، أَنَّهُ لَا نَفَقَةَ عَلَيْهَا ، وَلَا لَهَا ؛ لِأَنَّهَا لَيْسَتْ عَصَبَةً لَوْلَدِهَا . وَلَنَا ، قَوْلُهُ سُبْحَانَهُ : ﴿ وَبِالْوَالِدَيْنِ إِحْسَانًا ﴾ . وَقَالَ النَّبِيُّ ﷺ لِرَجُلٍ سَأَلَهُ : مَنْ أَبْرُ؟ قَالَ : « أُمُّكَ ، ثُمَّ أُمُّكَ ، ثُمَّ أُمُّكَ ، ثُمَّ أَبَاكَ ، ثُمَّ الْأَقْرَبُ فَالْأَقْرَبُ » رَوَاهُ أَبُو دَاوُدَ ^(٧) ، وَلَئِنَّهَا أَحَدُ الْوَالِدَيْنِ ، فَأَشْبَهَتِ الْأَبَ ، ^(٨) وَلَئِنْ بَيْنَهُمَا قَرَابَةٌ تُوجِبُ رَدَّ الشَّهَادَةِ ، وَوُجُوبَ الْعِتْقِ ، فَأَشْبَهَتِ الْأَبَ ^(٩) . فَإِنْ أَعْسَرَ الْأَبُ ، وَجَبَتِ النَّفَقَةُ عَلَى الْأُمِّ ، وَلَمْ تَرْجَعْ بِهَا عَلَيْهِ إِنْ أَيْسَرَ . وَقَالَ

ظ ١٨٩/٨

(٢) سورة الطلاق ٦ .

(٣) سورة البقرة ٢٣٣ .

(٤) سورة الإسراء ٢٣ .

(٥) تقدم تخريجه في صفحة ٣٤٨ .

(٦) تقدم تخريجه في ٢٦٣/٨ .

(٧) تقدم تخريجه ، في : ٣٠٨/٤ .

(٨-٩) سقط من : الأصل . نقل نظر .

أبو يوسف ومحمد : تُرْجِعْ عَلَيْهِ . وَلَنَا ، أَنْ مَنْ وَجَبَ عَلَيْهِ الْإِنْفَاقُ بِالْقَرَابَةِ ، لَمْ يَرْجِعْ بِهِ ، كَالْأَبِ .

فصل : وَيَجِبُ الْإِنْفَاقُ عَلَى الْأَجْدَادِ وَالْجَدَّاتِ وَإِنْ عَلَوْا ، وَوَلَدَ الْوَلَدُ وَإِنْ سَفَلُوا .
وبذلك قال الشافعي ، والثوري ، وأصحاب الرأي . وقال مالك : لَا تَجِبُ النَّفَقَةُ عَلَيْهِمْ وَلَا لَهُمْ ؛ لِأَنَّ الْجَدَّ لَيْسَ بِأَبٍ حَقِيقِيٍّ . وَلَنَا ، قَوْلُهُ نَسَبَانَهُ : ﴿ وَعَلَى الْوَارِثِ مِثْلُ ذَلِكَ ﴾ ^(٩) . وَلَأنَّهُ يَدْخُلُ فِي مُطْلَقِ اسْمِ الْوَلَدِ وَالْوَالِدِ ^(١٠) ، بِدَلِيلِ أَنَّ اللَّهَ تَعَالَى قَالَ : ﴿ يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثَيَيْنِ ﴾ ^(١١) . فَيَدْخُلُ فِيهِمْ وَلَدُ الْبَنِينَ . وَقَالَ تَعَالَى : ﴿ وَلَا بُؤْيُوهَ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا السُّدُسُ مِمَّا تَرَكَ إِنْ كَانَ لَهُ وَلَدٌ ﴾ ^(١٢) . وَقَالَ : ﴿ مِلَّةَ أَبِيكُمْ إِبْرَاهِيمَ ﴾ ^(١٣) . وَلَأنَّ بَيْنَهُمَا قَرَابَةً تُوجِبُ الْعِتْقَ وَرَدَّ الشَّهَادَةِ ، فَأَشْبَهَ الْوَلَدَ وَالْوَالِدَ الْقَرِيبَيْنِ .

فصل : وَيُشْتَرَطُ لَوْجُوبِ الْإِنْفَاقِ ثَلَاثَةُ شُرُوطٍ : أَحَدُهَا ، أَنْ يَكُونُوا فَقَرَاءَ ، لَا مَالَ لَهُمْ ، وَلَا كَسْبَ يَسْتَعْنُونَ ^(١٤) بِهِ عَنْ إِنْفَاقِ غَيْرِهِمْ ، فَإِنْ كَانُوا مُوسِرِينَ بِمَالٍ أَوْ كَسْبٍ يَسْتَعْنُونَ بِهِ ، فَلَا نَفَقَةَ لَهُمْ ؛ لِأَنَّهَا تَجِبُ عَلَى سَبِيلِ الْمُوَاسَاةِ ، ^(١٥) وَالْمُوسِرُ مُسْتَعْنٍ عَنِ الْمُوَاسَاةِ ^(١٦) . الثَّانِي ، أَنْ يَكُونَ لِمَنْ تَجِبُ عَلَيْهِ النَّفَقَةُ مَا يَنْفِقُ عَلَيْهِمْ ، فَاضِلًا / عَنْ نَفَقَةِ نَفْسِهِ ، إِمَّا مِنْ مَالِهِ ، وَإِمَّا مِنْ كَسْبِهِ . فَأَمَّا مَنْ لَا يَفْضُلُ عَنْهُ شَيْءٌ ، فَلَيْسَ عَلَيْهِ شَيْءٌ ؛ لِمَا رَوَى جَابِرٌ ، أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ : « إِذَا كَانَ أَحَدُكُمْ فَقِيرًا ، فَلْيَبْدَأْ بِنَفْسِهِ ، فَإِنْ فَضَلَ ، فَعَلَى عِيَالِهِ ، فَإِنْ كَانَ فَضْلٌ ، فَعَلَى قَرَابَتِهِ » ^(١٧) .

و ١٩٠/٨

(٩) سورة البقرة ٢٣٣ .

(١٠) سقط من : الأصل .

(١١) سورة النساء ١١ .

(١٢) سورة الحج ٧٨ .

(١٣) في الأصل : « يستعينون » .

(١٤ - ١٤) سقط من : ب . نقل نظر .

(١٥) أخرجه مسلم ، في : باب الابتداء في النفقة بالنفس ثم أهله ثم القرابة ، من كتاب الزكاة . صحيح مسلم

٦٩٣/٢ ، وأبو داود ، في : باب في بيع المدبر ، من كتاب العتاق . سنن أبي داود ٣٥٢/٢ . والنسائي ، في : باب أي =

وفي لَفِظٍ : « اِبْدَأُ^(١٦) بِنَفْسِكَ ، ثُمَّ بِمَنْ تَعُولُ »^(١٧) . حديثٌ صحيحٌ . وروى أبو هريرة ، أنَّ رجلاً جاء إلى النبي ﷺ ، فقال : يا رسول الله ، عندي^(١٨) دينارٌ . قال : « تَصَدَّقْ بِهِ عَلَى نَفْسِكَ » . قال : عندي^(١٩) آخَرُ . قال : « تَصَدَّقْ بِهِ عَلَى وَلَدِكَ » . قال : عندي آخَرُ . قال : « تَصَدَّقْ بِهِ عَلَى زَوْجِكَ »^(٢٠) . قال : عندي آخَرُ . قال : « تَصَدَّقْ بِهِ عَلَى خَادِمِكَ » . قال : عندي آخَرُ . قال : « أَنْتَ أَبْصَرُ »^(٢١) . رواه أبو داود^(٢٢) ، ولأنَّها مُوَأَسَاةٌ ، فلا تَجِبُ على الْمُحْتَاجِ ، كالزَّكَاةِ . الثالث ، أن يكونَ الْمُنفَقُ وَاثِلاً ؛ لقولِ الله تعالى : ﴿ وَعَلَى الْوَارِثِ مِثْلُ ذَلِكَ ﴾^(٢٣) . ولأنَّ بَيْنَ الْمُتَوَارِثِينَ قَرَابَةٌ تَقْتَضِي كَوْنَ الْوَارِثِ أَحَقَّ بِمَالِ الْمَوْرُوثِ مِنْ سَائِرِ النَّاسِ ، فَيَنْبَغِي أَنْ يَخْتَصَّ بِوُجُوبِ صِلَتِهِ بِالنَّفَقَةِ دُونَهُمْ ، فإن لم يكنْ وَاثِلاً لَعَدِمَ الْقَرَابَةُ ، لم تَجِبْ عليه النَّفَقَةُ لذلك . وإن اِمْتَنَعَ الْمِيرَاثُ مع وُجُودِ الْقَرَابَةِ ، لم يَحُلْ مِنْ ثَلَاثَةِ أَقْسَامٍ ؛ أحدها ، أن يكونَ أَحَدُهُمَا رَقِيقًا ، فلا نفقة لأحدهما على صاحبه ، بغيرِ خِلافٍ^(٢٤) ؛ لأنَّه لا وِلَايَةَ بَيْنَهُمَا ولا إِرْثَ ، فَأَشْبَهَا^(٢٥) الْأَجْنَبِيَّينَ ، ولأنَّ الْعَبْدَ لا مَالَ لَهُ فَتَجِبُ عَلَيْهِ النَّفَقَةُ ، وَكَسْبُهُ لِسَيِّدِهِ ، وَنَفَقَتُهُ عَلَى سَيِّدِهِ ، فَيَسْتَعْنِي بِهَا عَنْ نَفَقَةٍ غَيْرِهِ . الثاني ، أن يكونَ دِيْنُهُمَا مُخْتَلِفًا ، فلا نفقة لأحدهما على صاحبه . وذكر القاضي في عَمُودِي النِّسَبِ رَوَاتَيْنِ ؛

=الصدقة أفضل ، من كتاب الزكاة ، وفي : باب بيع المدبر ، من كتاب البيوع . المجتبى ٥/٥٢ ، ٧/٢٦٧ ، ٢٦٨ .

والإمام أحمد ، في : المسند ٣/٣٠٥ .

(١٦) في الأصل : « ابتدى » .

(١٧) انظر ما تقدم في حاشية ٤/١٥٠ ، ٢٦٤ .

(١٨-١٩) سقط من : ب . نقل نظر .

(١٩) في ١ : « زوجتك » .

(٢٠) في الأصل زيادة : « به » .

(٢١) تقدم تخريجه ، في : ٤/٣٠٩ .

(٢٢) سورة البقرة ٢٣٣ .

(٢٣) سقط من : ب .

(٢٤) في الأصل ، م : « فأشبهه » .

إحداهما ، تجب النفقة مع اختلاف الدين . وهو مذهب الشافعي ؛ لأنها نفقة تجب مع اتفاق الدين ، فتجب مع اختلافه ، كنفقة الزوجة والمملوك^(٢٥) ، ولأنه يعتق^(٢٦) على قريبه ، فيجب عليه الإتيان عليه ، كما لو اتفق دينهما . ولنا ، أنها مؤساة على سبيل البر والصلة ، فلم تجب مع اختلاف الدين ، كنفقة غير عمودي النسب ، ولأنهما غير متوارثين ، فلم يجب لأحدهما على الآخر نفقة^(٢٧) بالقرابة ، كما لو كان أحدهما رقيقا ، وتنفق نفقة الزوجات ؛ لأنها عوض يجب مع الإعسار ، فلم ينافها اختلاف الدين ، كالصداق والأجرة ، وكذلك تجب مع الرق فيهما أو في أحدهما ، وكذلك / نفقة المماليك ، والعتق عليه ينطّل بسائر^(٢٨) ذوى الرّحم المحرم ، فإنهم يعتقون مع اختلاف الدين ،^(٢٩) ولا نفقة لهم معه ، ولأن هذه صلة ومؤساة ، فلا تجب مع اختلاف الدين^(٣٠) ، كأداء زكاته إليه ، وعقوله عنه ، وإرثه منه . الثالث ، أن يكون القريب محجوبا عن الميراث بمن هو أقرب منه ، فينظر ؛ فإن كان الأقرب موسرا ، فالنفقة عليه ، ولا شيء على المحجوب به ، لأن الأقرب أولى بالميراث منه ، فيكون أولى بالإتيان ، وإن كان الأقرب معسرا ، وكان من ينفق عليه من عمودي النسب ، وجبت نفقته على الموسر . وذكر القاضي ، في أب معسر وجد موسر ، أن النفقة على الجد . وقال ، في أم معسرة وجدّة موسرة : النفقة على الجدّة . وقد قال أحمد : لا يدفع الزكاة إلى ولد ابنته ؛ لقول النبي ﷺ : « إن ابني هذا سيد »^(٣٠) . فسماه ابنه ، وهو ابن ابنته ، وإذا منع من دفع الزكاة إليهم لقرايتهم ، يجب أن تلزمه نفقتهم عند حاجتهم . وهذا مذهب الشافعي . وإن كان من غير عمودي النسب ، لم تجب النفقة عليه إذا كان

(٢٥) في ب ، م : « والمملوك » .

(٢٦) في الأصل : « حق » .

(٢٧) في ا ، ب ، م : « نفقته » .

(٢٨) في الأصل : « سائر » .

(٢٩-٢٩) سقط من : ب . نقل نظر .

(٣٠) تقدم تخريجه ، في : ٩٨/٤ .

مَحْجُوبًا . قال القاضي ، وأبو الحَطَّاب ، في ابن فقير وأخ مُوسى : لا نَفَقَةٌ عليهما ؛ لأنَّ الابن لا نَفَقَةٌ عليه لِعُسْرَتِهِ ، والأخ لا نَفَقَةٌ عليه لِعَدَمِ إِرْثِهِ ، ولأنَّ قَرَابَتَهُ ضَعِيفَةٌ لا تَمْنَعُ شَهَادَتَهُ لَهُ ، فإذا لم يَكُنْ وَاِرِثًا لم تَجِبْ عليه النَّفَقَةُ ، كَذَوَى الرَّحِمِ . وَتَخْرُجُ فِي كُلِّ وَارِثٍ ، لَوْلَا الْحَجْبُ ، إذا كَانَ مَنْ يَحْجُبُهُ مُعْسِرًا وَجِهَانًا ؛ أَحَدُهُمَا ، لا نَفَقَةٌ عليه ؛ لَأَنَّهُ لَيْسَ بِوَارِثٍ ، أَشْبَهَ الْأَجْنَبِيَّ . والثَّانِي ، عليه النَّفَقَةُ ؛ لَوْجُودِ الْقَرَابَةِ الْمُقْتَضِيَةِ لِلْإِرْثِ وَالْإِنْفَاقِ ، وَالْمَانِعُ مِنَ الْإِرْثِ لَا يَمْنَعُ مِنَ الْإِنْفَاقِ ؛ لَأَنَّهُ مُعْسِرٌ لَا يُمَكِّنُهُ الْإِنْفَاقُ ، فَوْجُودُهُ بِالنَّسْبَةِ إِلَى الْإِنْفَاقِ كَعَدَمِهِ .

فصل : فَأَمَّا ذَوُو الْأَرْحَامِ الَّذِينَ لَا يَرِثُونَ بِفَرْضٍ وَلَا تَعْصِيَةٍ ، فَإِنْ كَانُوا مِنْ غَيْرِ عَمُودِي النَّسَبِ ، فَلَا نَفَقَةَ عَلَيْهِمْ . نَصَّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ ، فَقَالَ : الْحَالَةُ وَالْعَمَّةُ لَا نَفَقَةَ عَلَيْهِمَا . قال القاضي : لا نَفَقَةَ لَهُمْ رِوَايَةٌ وَاحِدَةٌ ؛ وَذَلِكَ لِأَنَّ قَرَابَتَهُمْ ضَعِيفَةٌ ، وَإِنَّمَا يَأْخُذُونَ مَالَهُ عِنْدَ عَدَمِ الْوَارِثِ ، فَهُمْ كَسَائِرِ الْمُسْلِمِينَ ، فَإِنْ الْمَالُ يُصَرَّفُ إِلَيْهِمْ إِذَا لَمْ يَكُنْ لِلْمَيِّتِ وَارِثٌ ، وَذَلِكَ الَّذِي يَأْخُذُهُ بَيْتُ الْمَالِ ، وَلِذَلِكَ يُقَدَّمُ الرَّدُّ عَلَيْهِمْ . / وقال أبو الحَطَّابِ : يُخْرَجُ فِيهِمْ رِوَايَةٌ أُخْرَى ، أَنَّ النَّفَقَةَ تَلْزُمُهُمْ عِنْدَ عَدَمِ الْعَصَبَاتِ وَذَوَى الْفُرُوضِ ؛ لِأَنَّهُمْ وَارِثُونَ فِي تِلْكَ الْحَالِ . قال ابنُ أَبِي مُوسَى : هَذَا يَتَوَجَّهُ عَلَى مَعْنَى قَوْلِهِ ، وَالْأَوَّلُ هُوَ الْمَنْصُوصُ عَنْهُ . فَأَمَّا عَمُودُ النَّسَبِ ، فَذَكَرَ الْقَاضِي مَا يَدُلُّ عَلَى أَنَّهُ يَجِبُ الْإِنْفَاقُ عَلَيْهِمْ ، سَوَاءً كَانُوا مِنْ ذَوَى الْأَرْحَامِ ، كَأَبِي (٣١) الْأُمِّ وَابْنِ الْبَنَاتِ ، أَوْ مِنْ غَيْرِهِمْ ، وَسَوَاءً كَانُوا مَحْجُوبِينَ أَوْ وَارِثِينَ . وَهَذَا مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ ؛ وَذَلِكَ لِأَنَّ قَرَابَتَهُمْ قَرَابَةٌ جُزْئِيَّةٌ وَبَعْضِيَّةٌ ، وَتَقْتَضِي رَدَّ الشَّهَادَةِ ، وَتَمْنَعُ جَرِيَانَ الْقِصَاصِ عَلَى الْوَالِدِ بِقَتْلِ الْوَلَدِ وَإِنْ سَفَلَ ، فَأَوْجَبَتِ النَّفَقَةَ عَلَى كُلِّ حَالٍ ، كَقَرَابَةِ الْأَبِ الْأَدْنَى .

فصل : وَلَا يُشْتَرَطُ فِي وُجُوبِ نَفَقَةِ الْوَالِدَيْنِ وَالْمَوْلُودَيْنِ نَقْصُ الْخَلْقَةِ ، وَلَا نَقْصُ الْأَحْكَامِ ، فِي ظَاهِرِ الْمَذْهَبِ ، وَظَاهِرِ كَلَامِ الْخِرَقِيِّ ؛ فَإِنَّهُ أَوْجَبَ نَفَقَتَهُمْ مُطْلَقًا إِذَا

(٣١) فِي م : « كَاب » .

كانوا فقراء وله ما يُنفق عليهم . وقال القاضي : لا يُشترط في الوالدين . وهل يُشترط ذلك في الولد ؟ فكلام أحمد يقتضي روايتين ؛ إحداهما ، تلزم^(٣٢) نفقته ؛ لأنه فقير . والثانية ، أنه^(٣٣) إن كان يكتسب فينفق على نفسه ، لم تلزم نفقته . وهذا القول يرجع إلى أن الذي لا يقدر على كسب ما يقوم به تلزم نفقته ، رواية واحدة ، سواء كان ناقص الأحكام ، كالصغير والمجنون ، أو ناقص الخلقة ، كالزمن ، وإنما الروايتان في من لا حرفة له ممن يقدر على الكسب ببدنه . وقال الشافعي : يُشترط نقصانه ، إما من طريق الحكم ، أو من طريق الخلقة . وقال أبو حنيفة : يُنفق على الغلام حتى يبلغ ، فإذا بلغ صحيحاً ، انقطعت نفقته ، ولا تسقط نفقة الجارية حتى تتزوج^(٣٤) . ونحوه قال مالك ، إلا أنه قال : يُنفق على النساء حتى يتزوجن ، ويدخل بهن الأزواج ، ثم لا نفقة لهن ، وإن طلقن ، ولو^(٣٥) طلقن^(٣٦) قبل البناء بهن ، فهن على نفقتهن . ولنا ، قول النبي ﷺ لهند : « خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف » . لم يستثن منهم بالغا ولا صحيحاً ، ولأنه والد أو ولد فقير ، فاستحق النفقة على والده أو ولده الغني ، كما لو كان زماً أو مكفوفاً ، فأما الوالد ، فإن أبا حنيفة وافقنا على وجوب نفقته صحيحاً إذا لم يكن ذا ظ ١٩١/٨ كسب ، وللشافعي في ذلك قولان . ولنا أنه / والد محتاج ، فأشبهه الزمن .

فصل : ومن كان له أب من أهل الإنفاق ، لم تجب نفقته على سيواه ؛ لأن الله تعالى قال : ﴿ فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآوِهْنَ أَجُورَهُنَّ ﴾ . وقال : ﴿ وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ ﴾ . وقال النبي ﷺ لهند : « خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف » . فجعل النفقة على أبيهم دونها . ولا خلاف في هذا نعلمه ، إلا أن لأصحاب الشافعي ، فيما إذا اجتمع للفقير أب وابن موسيران ، وجهين ؛ أحدهما ، أن النفقة على الأب وحده . والثاني ، عليهما جميعاً ؛ لتساويهما في القرب . ولنا ، أن النفقة على الأب منصوص عليها ، فيجب اتباع النص ، وترك ما عداه .

(٣٢) في م : « تلزمه » .

(٣٣) سقط من : م .

(٣٤) في الأصل ، ١ : « تزوج » .

(٣٥) في ب : « أو » .

(٣٦) سقط من : ب .

فصل : وَيَلْزَمُ الرَّجُلَ إِعْفَافُ أَبِيهِ ، إِذَا احتَاجَ إِلَى النِّكَاحِ . وهذا ظاهرُ مذهبِ الشافعي . ولهم في إِعْفَافِ الأبِ الصَّحِيحِ وَجْهٌ آخَرُ ، أَنَّهُ لَا يَجِبُ . ^(٣٧) وقال أبو حنيفة : لَا يَلْزَمُ الرَّجُلَ إِعْفَافُ أَبِيهِ ، سواءَ وَجِبَتْ نَفَقَتُهُ أَوْ لَمْ تَجِبْ ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ مِنْ أَعْظَمِ الْمَلَاذِّ ، فَلَمْ تَجِبْ لِلأَبِ ، كَالْحُلُوءِ ، وَلِأَنَّهُ أَحَدُ الْإِبْوَيْنِ ، فَلَمْ يَجِبْ ^(٣٧) لَهُ ذَلِكَ ^(٣٨) كَالْأُمِّ . وَلَنَا ، أَنَّ ذَلِكَ مِمَّا تَدْعُو حَاجَتُهُ إِلَيْهِ ، وَيَسْتَضِرُّ بِفَقْدِهِ ، فَلَزِمَ ابْنَهُ لَهُ ، كَالنَّفَقَةِ ، وَلَا يُشْبِهُ الْحُلُوءَ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَسْتَضِرُّ بِفَقْدِهَا ، وَإِنَّمَا يُشْبِهُ الطَّعَامَ وَالْأُذْمَ ، وَأَمَّا الْأُمُّ فَإِنَّ ^(٣٩) إِعْفَافَهَا إِنَّمَا هُوَ تَرْوِيحُهَا ^(٣٩) إِذَا طَلَبَتْ ذَلِكَ ، وَخَطَبَهَا كُفُوءًا ، وَنَحْنُ نَقُولُ بِوُجُوبِ ذَلِكَ عَلَيْهِ ، وَهَمَّ يُوَافِقُونَنَا فِي ذَلِكَ . إِذَا ثَبَتَ هَذَا ، فَإِنَّهُ يَجِبُ إِعْفَافُ مَنْ لَزِمَتْ نَفَقَتُهُ مِنَ الْآبَاءِ وَالْأَجْدَادِ ، فَإِنْ اجْتَمَعَ جَدَّانِ ، وَلَمْ يُمْكِنْ إِلَّا إِعْفَافُ أَحَدِهِمَا ، قُدِّمَ الْأَقْرَبُ ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ أَحَدُهُمَا مِنْ جِهَةِ الأبِ وَالْآخَرُ مِنْ جِهَةِ الْأُمِّ ، فَيُقَدِّمُ الَّذِي مِنْ جِهَةِ الأبِ وَإِنْ بَعْدَ ؛ لِأَنَّهُ عَصَبَةٌ ، وَالشَّرْعُ قَدْ اعْتَبَرَ جِهَتَهُ فِي التَّوْرِيثِ وَالتَّعْصِيبِ ، فَكَذَلِكَ فِي الْإِنْفَاقِ وَالِاسْتِحْقَاقِ .

فصل : وَإِذَا وَجَبَ عَلَيْهِ إِعْفَافُ أَبِيهِ ، فَهُوَ مُحَيَّرٌ ، إِنْ شَاءَ زَوْجَهُ حُرَّةً ، وَإِنْ شَاءَ مَلَكَه أَمَةً ، أَوْ دَفَعَ إِلَيْهِ مَا يَتَزَوَّجُ بِهِ حُرَّةً أَوْ يَشْتَرِي بِهِ أَمَةً ، وَلَيْسَ لِلأَبِ التَّخْيِيرُ عَلَيْهِ ، إِلَّا أَنَّ الأبَ إِذَا عَيَّنَ امْرَأَةً ، وَعَيَّنَ الابْنَ أُخْرَى ، وَصَدَّاقَهُمَا وَاحِدًا ، قُدِّمَ تَعْيِينُ الأبِ ؛ لِأَنَّ النِّكَاحَ لَهُ ، وَالْمُؤْنَةَ وَاحِدَةً ، فَقُدِّمَ قَوْلُهُ كَمَا لَوْ عَيَّنَتِ الْبِنْتُ كُفُوءًا ، وَعَيَّنَ الأبُ كُفُوءًا ، لَقُدِّمَ ^(٤٠) تَعْيِينُهَا . / وَإِنْ اخْتَلَفَا فِي الصَّدَاقِ ، لَمْ يَلْزَمِ الابْنَ الْأَكْثَرُ ؛ لِأَنَّهُ إِنَّمَا يَلْزَمُ أَقْلُ مَا تَحْصُلُ بِهِ الْكِفَايَةُ ، وَلَكِنْ لَيْسَ لَهُ أَنْ يُزَوِّجَهُ أَوْ يُمْلِكَهُ قَبِيحَةً أَوْ كَبِيرَةً لَا اسْتِمْتَاعَ فِيهَا ، وَلَيْسَ لَهُ أَنْ يُزَوِّجَهُ أَمَةً ؛ لِأَنَّ فِيهِ ضَرَرًا عَلَيْهِ ، وَهُوَ إِزْقَاقُ وَلَدِهِ ، وَالتَّنْقِصُ فِي اسْتِمْتَاعِهِ .

(٣٧-٣٧) سقط من : ب . نقل نظر .

(٣٨) سقط من : ب .

(٣٩-٣٩) في ب ، م : « فَإِنَّمَا إِعْفَافُهَا بِتَرْوِيحِهَا » .

(٤٠) في م : « يَقْدَمُ » .

وإن رَضِيَ الأبُ بذلك لم يَجُزْ ، لأنَّ الضررَ يَلْحَقُ بغيره ، وهو الولدُ ، ولذلك لم يَكُنْ للمُوسِرِ أن يتزوَّجَ أُمَّةً . وإذا زَوَّجَه زوجةً أو مَلَكَه أُمَّةً ، فعليه نفقته ونفقتها . ومتى أيسرَ الأبُ ، لم يَكُنْ للولدِ استرجاعُ ما دَفَعَه إليه ، ولا عِوضُ ما زَوَّجَه به ؛ لأنَّه دَفَعَه إليه في حالِ وجوبه عليه ، فلم يَمْلِكِ استرجاعه ، كالزكاة . وإن زَوَّجَه أو مَلَكَه أُمَّةً^(٤١) فطَلَّقَ الزَّوجَةَ أو أَعْتَقَ الأُمَّةَ ، لم يَكُنْ عليه^(٤٢) أن يُزَوَّجَه أو يُمْلِكَه ثانيًا ؛ لأنَّه فَوَّتَ ذلك على نَفْسِهِ . وإن ماتتَا ، فعليه إغفاه ثانيًا ؛ لأنَّه لا صُنْعَ له في ذلك .

فصل : قال أصحابنا : وعلى الأبِ إغفافُ ابنه إذا كانت عليه نفقته ، وكان مُحتاجًا إلى إغفائه . وهو قولُ بعضِ أصحابِ الشافعي . وقال بعضهم : لا يَجِبُ ذلك عليه . ولنا ، أنَّه من عَمُودَى نَسَبِهِ ، وتَلَزَمُه نفقته ، فَلَزِمَه^(٤٣) إغفاه عند حاجته إليه ، كأبيه . قال القاضي : وكذلك يجيئُ في كُلِّ مَنْ لَزِمَتْه نفقته ؛ من أخ ، أو عَمٍّ^(٤٤) ، أو غيرهم ؛ لأنَّ أحمدَ قد نَصَّ في العَبْدِ : يَلْزِمُه أن يُزَوَّجَه إذا طَلَبَ ذلك ، وإلَّا يَبِيعَ عليه . وكلُّ مَنْ لَزِمَه إغفاه ، لَزِمَتْه نفقةُ زَوْجَتِهِ ؛ لأنَّه لا يَتِمَكَّنُ من الإغفافِ إلَّا بذلك . وقد رَوَى عن أحمدَ ، أنَّه لا يَلْزِمُ الأبُ نَفْقَةَ زَوْجَةِ الابنِ . وهذا محمولٌ على أن الابنَ كان يَجِدُ نفقتها .

١٣٨٣ - مسألة ؛ قال : (وَكَذَلِكَ الصَّبِيُّ إِذَا لَمْ يَكُنْ لَهُ أَبٌ ، أُجْبِرَ وَارِثُهُ عَلَى نَفَقَتِهِ ، عَلَى قَدْرِ مِيرَاثِهِمْ مِنْهُ)

ظاهرُ المذهبِ أنَّ النِّفْقَةَ تجبُ على كُلِّ وارثٍ لِمَوْرُوثِهِ ، إذا اجْتَمَعَتِ الشُّرُوطُ التي تَقَدَّمَ^(١) ذكرنا لها . وبه قال الحسنُ ، ومُجاهِدٌ ، والنَّخَعِيُّ ، وقَتَادَةُ ، والحسنُ

(٤١) سقط من : الأصل .

(٤٢) في الأصل : « له » .

(٤٣) في ب ، م : « فيلزمه » .

(٤٤) في الأصل ، ب ، م : « وعم » .

(١-١) في ب : « ذكرها » .

ابن^(٢) صالح ، وابن أبي ليلى ، وأبو ثور . وحكى ابن المنذر ، عن أحمد ، فى الصبيّ
 المُرْضِع لا أب له^(٣) ولا جد ، نفقته وأجر رضاعه على الرجال دون النساء . وكذلك روى
 بكر بن محمد ، عن أبيه ، عن أحمد : النفقة على العصباء . وبه قال الأوزاعي ،
 وإسحاق . / وذلك لما روى عن عمر ، رضى الله عنه ، أنه قضى على بنى عمّ منقوس
 بنفقته^(٤) . احتج به أحمد . وقال ابن المنذر : روى عن عمر أنه حبس عصبه ينفقون^(٥)
 على صبيّ ، الرجال دون النساء^(٥) . ولأنها مؤاساة ومعوّنة تختص القرابة ، فاختصت
 بها العصباء^(٦) ، كالعقل . وقال أصحاب الرأي : تجب النفقة على كل ذى رحم
 محرّم ، ولا تجب على غيرهم ؛ لقول الله تعالى : ﴿ وَأُولُوا الْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَى بِبَعْضٍ
 فِي كِتَابِ اللَّهِ ﴾^(٧) . وقال مالك ، والشافعي ، وابن المنذر : لا نفقة إلا على المولودين
 والوالدين ؛ لأنّ النبيّ ﷺ^(٨) قال لرجل^(٨) سأله : عندى دينار ؟ قال : « أنفقهُ على
 نفسك » . قال : عندى آخر ؟ قال : « أنفقهُ على ولدك »^(٩) . قال : عندى آخر ؟
 قال : « أنفقهُ على أهلِكَ »^(١٠) . قال : عندى آخر ؟^(١٠) قال : « أنفقهُ على
 خادمك » . قال : عندى آخر ؟^(١١) . قال : « أنت أعلم »^(١١) . ولم يأمره

(٢) سقط من : الأصل .

(٣) أخرجه ابن أبى شيبة ، فى : باب من قال : الرضاع على الرجال دون النساء ، من كتاب الطلاق . المصنف
 ٢٤٦/٥ ، ٢٤٧ . وابن جرير ، فى : تفسير سورة البقرة ، الآية ٢٣٣ ، تفسير الطبرى ٢/٥٠٠ .

(٤) فى الأصل : « منقوس » . وعند البيهقى وسعيد ، أنه خير عصبه صبي .

(٥) أخرجه البيهقى ، فى : باب ما جاء فى قول الله عز وجل : ﴿ وعلى الوارث مثل ذلك ﴾ ، من كتاب النفقات .
 السنن الكبرى ٧/٤٧٨ . وسعيد بن منصور ، فى : باب الغلام بين الأبوين أيهما أحق به ، من كتاب الطلاق . السنن
 ١١٣/٢ .

(٦-٦) فى ١ ، ب ، م : « بالعصباء » .

(٧) سورة الأنفال ٧٥ .

(٨-٨) سقط من : م .

(٩) فى م : « أهلك » .

(١٠) فى م : « خادملك » .

(١١) فى م زيادة : « به » .

(١٢) تقدم تخريجه ، فى : ٣٠٩/٤ .

بإتفاقه على غير هؤلاء ، ولأنَّ الشرع إنما وردَ بنفقةِ الوالدين والمولودين ، ومن سواهم لا يلحقُ بهم في الولادة وأحكامها ، فلا يصحُّ قياسه^(١٣) عليهم . ولنا ، قول الله تعالى : ﴿ وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ ﴾ . ثم قال : ﴿ وَعَلَى الْوَارِثِ مِثْلُ ذَلِكَ ﴾ . فأوجبَ على الأب نفقةَ الرضاع ، ثم عطفَ الوارثَ عليه ، فأوجبَ على الوارثِ مثلَ ما أوجبَ على الوالد . وروى أن رجلاً سألَ النبي ﷺ قال^(١٤) : مَنْ أْبْرُ؟ قال : « أُمُّكَ وَأَبَاكَ ، وَأُخْتُكَ وَأَخَاكَ » . وفي لفظٍ : « وَمَوْلَاكَ الَّذِي هُوَ أَدْنَاكَ ، حَقًّا وَاجِبًا ، وَرَحِمًا مَوْصُولًا » . رواه أبو داود^(١٥) . وهذا نصٌّ ؛ لأنَّ^(١٦) النبي ﷺ ألزَمَهُ الصَّلَةَ وَالْبِرَّ ، وَالنَّفَقَةَ مِنَ الصَّلَةِ ، جَعَلَهَا حَقًّا وَاجِبًا ، وَمَا اخْتَجَّ بِهِ أَبُو حَنِيفَةَ حُجَّةً عَلَيْهِ ، فَإِنَّ اللَّفْظَ عَامٌّ فِي^(١٧) كُلِّ ذِي رَحِمٍ ، فَيَكُونُ حُجَّةً عَلَيْهِ^(١٨) فِي عِدَادِ^(١٩) الرَّحِمِ الْمَحْرَمِ ، وَقَدْ اخْتَصَّتْ بِالْوَارِثِ فِي الْإِرْثِ فَكَذَلِكَ فِي الْإِنْفَاقِ . وأما خبرُ أصحابِ الشافعي ، فَقَضِيَّةٌ فِي عَيْنٍ ، يَحْتَمِلُ أَنَّهُ لَمْ يَكُنْ لَهُ غَيْرُ مَنْ أُمِرَ بِالْإِنْفَاقِ عَلَيْهِ ، ولهذا لم يذكرِ الوالدَ والأجدادَ وأولادَ الأولادِ . وقولهم : لا يصحُّ القياسُ . قلنا : إنما أثبتناه بالنصِّ ، ثم إنهم قد ألحقوا أولادَ الأولادِ بالأولادِ ، مع التفاوتِ ، فبطلَ ما قالوه . إذا ثبتَ هذا ، فإنه يختصُّ بالوارثِ بفرضٍ أو تعصيبٍ ، لعمومِ الآية ، ولا يتناولُ ذوى الأرحامِ ، على ما مضى بيانه ، فإن كان اثنانِ يرثُ / أحدهما الآخرَ ولا يرثُهُ الآخرُ ، كالرجلِ مع عَمَّتِهِ أو ابْنَةِ عَمِّهِ وابْنَةِ أَخِيهِ ، والمرأة مع ابْنَةِ بَنَتِهَا وابنِ^(٢٠) بَنَتِهَا ، فالنفقةُ على الوارثِ دونَ الموروثِ . نصٌّ

(١٣) في الأصل : « قياسهم » .

(١٤) سقط من : أ ، ب ، م .

(١٥) في : باب في بر الوالدين ، من كتاب الأدب . سنن أبي داود ٦٢٩/٢ .

كما أخرجه النسائي ، في : باب أيتهما اليد العليا ، من كتاب الزكاة . المجتبى ٤٦/٥ . والإمام أحمد ، في : المسند ٣٧٧/٥ ، ٦٥ ، ٦٤/٤ ، ٢٢٦/٢ .

(١٦) سقط من : أ .

(١٧) في الأصل : « على » .

(١٨-١٨) في : أ ، ب ، م : « فيمن عداذا » .

(١٩) سقط من : الأصل .

عليه أحمد ، في رواية ابن زياد ، فقال : يَلْزَمُ الرَّجُلُ نَفَقَةَ^(٢٠) بِنْتِ عَمِّهِ^(٢١) ، ولا يَلْزَمُهُ نَفَقَةُ بِنْتِ أُخْتِهِ . وذكر أصحابنا رواية أخرى ، لا تجبُ النِّفَقَةُ على الوارِثِ هُنا ؛ لقول أحمد : العَمَّةُ والخَالَةُ لا نفقةَ لهما . إلا أنَّ القاضي قال : هذه الرواية محمولة على العَمَّةِ من الأُمِّ ، فإنَّه^(٢٢) لا يرثُها ؛ لكونه ابنَ أخيها من أُمِّها . وقد ذكر الخرقى ، أنَّ على الرجل نَفَقَةَ مُعْتِقِهِ ؛ لأنَّه وارثه . ومعلوم أنَّ المُعْتَقَ لا يرثُ مُعْتِقَهُ ، ولا يَلْزَمُهُ نَفَقَتُهُ . فعلى هذا ، يَلْزَمُ الرَّجُلُ نَفَقَةَ عَمَّتِهِ لأبَوَيْهِ أو لأبيهِ وابْنَةِ عَمِّهِ وابْنَةِ أُخْتِهِ كذلك ، ولا يَلْزَمُهُنَّ نَفَقَتُهُ . وهذا هو الصَّحِيحُ إن شاء الله تعالى ؛ لقول الله تعالى : ﴿ وَعَلَى الْوَارِثِ مِثْلُ ذَلِكَ ﴾ . وكل واحد من هؤلاء وارث .

١٣٨٤ - مسألة ؛ قال : (فَإِنْ كَانَ لِلصَّبِيِّ أُمٌّ وَجَدَّ ، فَعَلَى الْأُمِّ ثُلُثُ النِّفَقَةِ ، وَعَلَى الْجَدِّ ثُلَاثَا النِّفَقَةِ)

وجملته أنَّه إذا لم يكن للصبي أب ، فالنَّفَقَةُ على وارثه . فإن كان له وارثان ، فالنَّفَقَةُ عليهما على قَدْرِ إِرْثِهِمَا منه ، وإن كانوا ثلاثة أو أكثر ، فالنَّفَقَةُ بينهم على قَدْرِ إِرْثِهِمْ منه ؛ فإذا كان له أُمٌّ وَجَدَّ ، فعلى الأُمِّ الثلثُ والباقي على الجدِّ ؛ لأنَّهما يرثانه كذلك . وبهذا قال أبو حنيفة . وقال الشافعي : النَّفَقَةُ كُلُّهَا على الجدِّ ؛ لأنَّه ينفرد بالتَّعْصِيبِ ، فأشبهه الأب . وقد ذكرنا رواية أخرى عن أحمد ، أنَّ النَّفَقَةَ على العَصَبَاتِ خاصَّةً . ولنا ، قولُ الله تعالى : ﴿ وَعَلَى الْوَارِثِ مِثْلُ ذَلِكَ ﴾^(١) . والأُمُّ وارثَةٌ ، فكان عليها بالنَّصِّ ، ولأنَّه مَعْنَى يُسْتَحَقُّ بالنَّسَبِ ، فلم يَحْتَصِرْ به الجدُّ دون الأُمِّ ، كالوارثَةِ .

(٢٠-٢١) في م : « عَمَّتِهِ » .

(٢٢) في ب : « فإنها » .

(١) سورة البقرة ٢٣٣ .

فصل : وإن اجتمع ابن وبنت ، فالنفقة بينهما أثلاثاً ، كالميراث . وقال أبو حنيفة :
 النفقة عليهما سواء ؛ لأنهما سواء في القرب . وإن كانت أم وابن ، فعلى الأم السدس ،
 والباقي على الابن . وإن كانت بنت وابن ابن ، فالنفقة بينهما نصفان ^(٢) . وقال أبو
 حنيفة : النفقة على البنت ؛ لأنها أقرب . وقال الشافعي في هذه المسائل الثلاث : النفقة
 على الابن ؛ لأنه العصب . وإن كانت له أم وبنت ، فالنفقة بينهما أرباعاً ؛ لأنهما يرثانه
 كذلك . وبه قال / أبو حنيفة . وقال الشافعي : النفقة على البنت ؛ لأنها تكون عصباً
 مع أخيها . وإن كانت له ^(٣) بنت وابن بنت ، فالنفقة على البنت . وقال أصحاب
 الشافعي ، في أحد الوجهين : النفقة على ابن البنت ؛ لأنه ذكر . ولنا ، قول الله تعالى :
 ﴿ وَعَلَى الْوَارِثِ مِثْلُ ذَلِكَ ﴾ . فترتب النفقة على الإرث ، فيجب أن ترتب في
 المقدار عليه ، وإيجابها على ابن البنت يخالف ^(٤) النص والمعنى ، فإنه ليس بعصب ولا
 وارث ، فلا معنى لإيجابها عليه دون البنت الوارثة .

١٣٨٥ - مسألة ؛ قال : (فإن كانت جدة وأخاً ، فعلى الجدة سدس النفقة
 والباقي على الأخ ، وعلى هذا المعنى حساب النفقات)

يعنى أن ترتب النفقات ^(١) على ترتيب الميراث ، فكما أن للجدة ههنا سدس
 الميراث ، فعليها سدس النفقة ، وكما أن الباقي للأخ ، فكذلك الباقي من النفقة عليه .
 وعند من لا يرى النفقة على غير عمودي النسب ، يجعل النفقة كلها على الجدة . وهذا
 أصل قد سبق الكلام فيه . فإن اجتمع بنت وأخت ، أو بنت وأخ ، أو بنت وعصب ، أو
 أخت وعصب ، أو أخت وأم ، أو بنت وبنت ابن ، أو أخت لأبوين وأخت لأب ، أو

(٢) في م : « كان » .

(٣) في م : « نصفين » .

(٤) سقط من : الأصل .

(٥) في ا ، م : « بخلاف » .

(١) في ا : « النفقة » .

ثلاث أخوات مُفْتَرَقَات^(٢) ، فَالنَّفَقَةُ بَيْنَهُمْ عَلَى قَدْرِ الْمِيرَاثِ فِي ذَلِكَ ، سَوَاءٌ كَانَ فِي الْمَسْأَلَةِ رَدٌّ أَوْ عَوْلٌ أَوْ لَمْ يَكُنْ . وَعَلَى هَذَا تَحْسِبُ مَا أَتَاكَ مِنَ الْمَسَائِلِ^(٣) . وَإِنْ اجْتَمَعَ أُمٌّ وَأُمٌّ وَأُمٌّ أَبٌ ، فَهُمَا سَوَاءٌ فِي النَّفَقَةِ ؛ لِاسْتَوَائِهِمَا فِي الْمِيرَاثِ .

فصل : فَإِنْ اجْتَمَعَ أَبَوَا^(٤) أُمٌّ ، فَالنَّفَقَةُ عَلَى أُمِّ الْأُمِّ ؛ لِأَنَّهَا الْوَارِثَةُ . وَإِنْ اجْتَمَعَ أَبَوَا^(٤) أَبٌ ، فَعَلَى أُمِّ الْأَبِ السُّدُسُ ، وَالْبَاقِي عَلَى الْجَدِّ . وَإِنْ اجْتَمَعَ جَدٌّ وَأَخٌ ، فَهُمَا سَوَاءٌ . وَإِنْ اجْتَمَعَتْ أُمٌّ وَأَخٌ وَجَدٌّ ، فَالنَّفَقَةُ بَيْنَهُمْ أَثْلَاثًا . وَقَالَ الشَّافِعِيُّ : النَّفَقَةُ عَلَى الْجَدِّ فِي هَذِهِ الْمَسَائِلِ كُلِّهَا ، إِلَّا الْمَسْأَلَةَ الْأُولَى ، فَالنَّفَقَةُ عَلَيْهِمَا بِالسَّوِيَّةِ . وَقَدْ مَضَى الْكَلَامُ عَلَى أَصْلِ هَذَا فِيمَا تَقَدَّمَ .

فصل : فَإِنْ كَانَ فِي مَنْ عَلَيْهِ النَّفَقَةُ خُنْثَى مُشْكِلٌ ، فَالنَّفَقَةُ عَلَيْهِ بِقَدْرِ مِيرَاثِهِ ، فَإِنْ انْكَشَفَ بَعْدَ ذَلِكَ حَالُهُ ، فَبَانَ أَنَّهُ أَتَّفَقَ أَكْثَرُ مِنَ الْوَاجِبِ عَلَيْهِ ، رَجَعَ بِالزِّيَادَةِ عَلَى شَرِيكِهِ فِي الْإِتْفَاقِ ، وَإِنْ بَانَ أَنَّهُ أَتَّفَقَ أَقَلٌّ ، رَجَعَ عَلَيْهِ ، فَلَوْ كَانَ لِلرَّجُلِ ابْنٌ وَوَلَدٌ خُنْثَى ، عَلَيْهِمَا نَفَقَتُهُ ، فَأَتَّفَقَا عَلَيْهِ ، ثُمَّ بَانَ أَنَّ الْخُنْثَى / ابْنٌ ، رَجَعَ عَلَيْهِ أَخُوهُ بِالزِّيَادَةِ ، وَإِنْ بَانَ بِنْتًا ، رَجَعَتْ عَلَى أَخِيهَا بِفَضْلِ نَفَقَتِهَا ؛ لِأَنَّ مَنْ لَهُ الْفَضْلُ أَدَّى مَا لَا يَجِبُ عَلَيْهِ أَدَاؤُهُ ، مُعْتَقِدًا وَجُوبَهُ^(٥) ، فَإِذَا تَبَيَّنَ خِلَافُهُ ، رَجَعَ بِذَلِكَ ، كَمَا لَوْ أَدَّى مَا يَعْتَقِدُهُ دَيْنًا^(٦) فَبَانَ خِلَافُهُ^(٦) .

فصل : فَإِنْ كَانَ لَهُ قَرَابَتَانِ مُوسِرَانِ ، وَأَحَدُهُمَا مَحْجُوبٌ عَنْ مِيرَاثِهِ بِفَقِيرٍ^(٧) ، فَقَدْ ذَكَرْنَا أَنَّهُ إِنْ كَانَ الْمَحْجُوبُ مِنْ عَمُودِي النَّسَبِ ، فَالظَّاهِرُ أَنَّ الْحَجَبَ لَا يُسْقِطُ

(٢) فِي الْأَصْلِ ، م : « مُتَفَرِّقَات » .

(٣) فِي ب ، م : « مَسَائِل » .

(٤) فِي أ ، ب ، م : « أَبَوَا » .

(٥) سَقَطَ مِنْ : ب .

(٦-٦) فِي م : « فَأَبَانَ بِخِلَافِهِ » .

(٧) فِي ب : « نَفَقَةُ » خَطَأً . وَفِي م : « فَقِير » .

النَّفَقَةُ عَنْهُ ، وَإِنْ كَانَ مِنْ غَيْرِهِمَا ، فَلَا نَفَقَةَ عَلَيْهِ . فَعَلَى هَذَا ، إِذَا كَانَ لَهُ أَبَوَانِ وَجَدَّ ،
وَالْأَبُ مُعْسِرٌ ، كَانَ الْأَبُ كَالْمَعْدُومِ ، فَيَكُونُ عَلَى الْأُمِّ ثُلُثُ النَّفَقَةِ ، وَالْبَاقِي عَلَى الْجَدِّ .
وَإِنْ كَانَ مَعَهُمْ زَوْجَةٌ ، فَكَذَلِكَ . وَإِنْ قُلْنَا : لَا نَفَقَةَ عَلَى الْمَحْجُوبِ . فَلَيْسَ عَلَى الْأُمِّ
هَهُنَا إِلَّا رُبْعُ النَّفَقَةِ ، وَلَا شَيْءٌ عَلَى الْجَدِّ . وَإِنْ كَانَ أَبَوَانِ وَأَخَوَانِ وَجَدَّ ، وَالْأَبُ مُعْسِرٌ ،
فَلَا شَيْءٌ عَلَى الْأَخَوَيْنِ ؛ لِأَنَّهُمَا مَحْجُوبَانِ ، وَلَيْسَا مِنْ عَمُودِي النَّسَبِ ، وَيَكُونُ عَلَى
الْأُمِّ الثَّلَاثُ ، وَالْبَاقِي عَلَى الْجَدِّ ، كَمَا لَوْ لَمْ يَكُنْ أَحَدٌ غَيْرَهُمَا . وَيَحْتَمِلُ أَنْ لَا يَجِبَ عَلَى الْأُمِّ
إِلَّا السُّدُسُ ؛ لِأَنَّهُ لَوْ كَانَ الْأَبُ مَعْدُومًا ، لَمْ تَرِثْ إِلَّا السُّدُسَ . وَإِنْ قُلْنَا : إِنَّ كُلَّ
مَحْجُوبٍ لَا نَفَقَةَ عَلَيْهِ . فَلَيْسَ عَلَى الْأُمِّ إِلَّا السُّدُسُ ، وَلَا شَيْءٌ عَلَى غَيْرِهَا . وَإِنْ لَمْ يَكُنْ
فِي الْمَسْأَلَةِ جَدٌّ ، فَالنَّفَقَةُ كُلُّهَا عَلَى الْأُمِّ . عَلَى الْقَوْلِ الْأَوَّلِ . وَعَلَى الثَّانِي ، لَيْسَ عَلَيْهَا إِلَّا
السُّدُسُ . وَإِنْ قُلْنَا : إِنَّ عَلَى الْمَحْجُوبِ بِالْمُعْسِرِ النَّفَقَةَ ، وَإِنْ كَانَ مِنْ غَيْرِ عَمُودِي
النَّسَبِ . فَعَلَى الْأُمِّ السُّدُسُ ، وَالْبَاقِي عَلَى الْجَدِّ وَالْأَخَوَيْنِ أَثْلَاثًا ، كَمَا يَرِثُونَ إِذَا كَانَ الْأَبُ
مَعْدُومًا . وَإِنْ كَانَ بَعْضُ مَنْ عَلَيْهِ النَّفَقَةُ غَائِبًا ، وَلَهُ مَالٌ حَاضِرٌ ، أَنْفَقَ الْحَاكِمُ مِنْهُ
حِصَّتَهُ ، وَإِنْ لَمْ يُوجَدْ لَهُ مَالٌ حَاضِرٌ ، فَأَمَكَنَ الْحَاكِمُ الْاِقْتِرَاضَ عَلَيْهِ ، اقْتَرَضَ ، فَإِذَا
قَدِمَ ، فَعَلَيْهِ وَفَاؤُهُ .

فصل : وَمَنْ لَمْ يَفْضُلْ عَنْ قُوَّتِهِ إِلَّا نَفَقَةُ شَخْصٍ ، وَلَهُ امْرَأَةٌ ، فَالنَّفَقَةُ لَهَا دُونَ
الْأَقَارِبِ ؛ لِقَوْلِ النَّبِيِّ ﷺ ، فِي حَدِيثِ جَابِرٍ : « إِذَا كَانَ أَحَدُكُمْ فَقِيرًا ، فَلْيَبْدَأْ
بِنَفْسِهِ ، ^(٨) فَإِنْ كَانَ ^(٩) فَضْلٌ ، فَعَلَى عِيَالِهِ ^(٨) ، فَإِنْ كَانَ ^(٩) فَضْلٌ ، فَعَلَى قَرَاتِيهِ » ^(١٠) .
وَلَأَنَّ نَفَقَةَ الْقَرِيبِ مُوَاسَاةٌ ، وَنَفَقَةُ الْمَرْأَةِ تَجِبُ عَلَى سَبِيلِ الْمُعَاوَضَةِ ، فَقَدَّمْتُ عَلَى مُجَرَّدِ
ظ ١٩٤/٨ الْمُوَاسَاةِ ، وَلِذَلِكَ وَجَبَتْ مَعَ يَسَارِهِمَا وَإِعْسَارِهِمَا ، / وَنَفَقَةُ الْقَرِيبِ بِخِلَافِ ذَلِكَ ، وَلِأَنَّ

(٨-٨) سقط من : ب .

(٩) في ١ ، م زيادة : « له » .

(١٠) تقدم تخريجه ، في صفحة ٣٧٤ .

نَفَقَةُ الزَّوْجَةِ تَجِبُ لِحَاجَتِهِ ، فَقُدِّمَتْ عَلَى نَفَقَةِ الْقَرِيبِ ^(١١) ، كَنَفَقَةِ نَفْسِهِ ، ثُمَّ مِنْ ^(١٢) بَعْدِهَا ^(١٣) نَفَقَةُ الرَّقِيقِ ؛ لِأَنَّهَا تَجِبُ مَعَ الْيَسَارِ وَالْإِعْسَارِ ، فَقُدِّمَتْ عَلَى مُجَرَّدِ الْمُوَاسَاةِ ، ثُمَّ مِنْ بَعْدِ ذَلِكَ الْأَقْرَبُ فَالْأَقْرَبُ . فَإِنْ اجْتَمَعَ أَبٌ وَجَدُّ ، أَوْ ابْنٌ ^(١٤) وَابْنُ ابْنٍ ، قُدِّمَ الْأَبُ عَلَى الْجَدِّ ، وَالابْنُ عَلَى ابْنِهِ . وَقَالَ أَصْحَابُ الشَّافِعِيِّ ، فِي أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ : يَسْتَوِي الْأَبُ وَالْجَدُّ ، وَالابْنُ وَابْنُهُ ؛ لِتَسَاوِيهِمْ فِي الْوِلَادَةِ وَالتَّعْصِيبِ . وَلَنَا ، أَنَّ الْأَبَ وَالْابْنَ أَقْرَبُ وَأَحَقُّ بِمِيرَاثِهِ ، فَكَانَ أَحَقُّ ، كَالْأَبِ مَعَ الْأَخِ . وَإِنْ اجْتَمَعَ ابْنٌ وَجَدُّ ، أَوْ أَبٌ وَابْنُ ابْنٍ ، اخْتَمَلَ وَجْهَيْنِ ؛ أَحَدُهُمَا ، تَقْدِيمُ الْابْنِ وَالْأَبِ ؛ لِأَنَّهُمَا أَقْرَبُ ، فَإِنَّهُمَا يَلِيَانِهِ بَغَيْرِ وَاسْطَةٍ ، وَلَا يَسْقُطُ إِرْثُهُمَا بِحَالٍ ، وَالْجَدُّ وَابْنُ الْابْنِ بِخِلَافِهِمَا ، وَيَحْتَمَلُ التَّسْوِيَةُ بَيْنَهُمَا ؛ لِأَنَّهُمَا ^(١٥) سَوَاءٌ فِي الْإِرْثِ وَالتَّعْصِيبِ وَالْوِلَادَةِ . وَإِنْ اجْتَمَعَ جَدُّ وَابْنُ ابْنٍ ، فَهُمَا سَوَاءٌ ؛ لِتَسَاوِيِهِمَا فِي الْقُرْبِ وَالْإِرْثِ وَالْوِلَادَةِ وَالتَّعْصِيبِ . وَيَحْتَمَلُ فِيهِمَا مَا يَحْتَمَلُ فِي الْأَبِ وَالْابْنِ ، عَلَى مَا سَنَذْكُرُهُ .

فصل : وَإِنْ اجْتَمَعَ أَبٌ وَابْنٌ ، فَقَالَ الْقَاضِي : إِنْ كَانَ الْابْنُ ^(١٦) صَغِيرًا ، أَوْ مَجْنُونًا ، قُدِّمَ ؛ لِأَنَّ نَفَقَتَهُ وَجَبَتْ بِالنَّصِّ ، مَعَ أَنَّهُ عَاجِزٌ عَنِ الْكَسْبِ ، وَالْأَبُ قَدْ يَقْدِرُ عَلَيْهِ ، وَإِنْ كَانَ الْابْنُ كَبِيرًا ، وَالْأَبُ زَمِنَ ^(١٧) ، فَهُوَ أَحَقُّ ؛ لِأَنَّ حُرْمَتَهُ آكَدُ ، وَحَاجَتُهُ أَشَدُّ . وَيَحْتَمَلُ تَقْدِيمُ الْابْنِ ؛ لِأَنَّ نَفَقَتَهُ وَجَبَتْ بِالنَّصِّ . وَإِنْ ^(١٨) كَانَا صَحِيحَيْنِ فَقِيرَيْنِ ، فَقِيَمَا ثَلَاثَةَ أَوْجِهٍ ؛ أَحَدُهَا ، التَّسْوِيَةُ بَيْنَهُمَا ؛ لِتَسَاوِيِهِمَا فِي الْقُرْبِ ، وَتَقَابُلِ

(١١) فِي م : « الْقَرَابَةُ » .

(١٢) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلُ .

(١٣) فِي أ : « بَعْدَهُمَا » .

(١٤) فِي م : « وَابْنٌ » .

(١٥) فِي م : « لِأَنَّهَا » .

(١٦) فِي م : « ابْنٌ » .

(١٧) فِي أ : « زَمَنًا » .

(١٨) فِي الْأَصْلِ : « وَإِذَا » .

مَرَّبَتَهُمَا . والثاني ، تَقْدِيمُ الابْنِ ؛ لَوْجُوبِ نَفَقَتِهِ بالنص . والثالث ، تَقْدِيمُ الأبِ ، لتَأْكُيدِ حُرْمَتِهِ . وإن اجْتَمَعَ أبوان ، ففيهما الْوُجُوهُ الثلاثة ؛ أحدها ، التَّسْوِيَةُ ؛ لما ذكرنا . والثاني ، تَقْدِيمُ الْأُمِّ ؛ لِأَنَّهَا أَحَقُّ بِالْبِرِّ ، ولها فَضِيلَةُ الْحَمْلِ وَالرَّضَاعِ وَالتَّرْبِيَةِ ، وزيادة الشَّفَقَةِ ، وهي أضعف وأعجز . والثالث ، تَقْدِيمُ الأبِ ، لفضيلته ، وإنفرادِهِ بِالْوِلَايَةِ عَلَى وَلَدِهِ ، واستحقاقِ الأخذِ مِنْ مَالِهِ ، وإضافةِ النَّبِيِّ ﷺ الْوَلَدِ وَمَالِهِ إِلَيْهِ بقوله : « أَنْتَ وَمَالُكَ لِأَيِّكَ » (١٩) . والأوَّلُ أَوْلَى . وإن اجْتَمَعَ جَدُّ وَأَخٌ ، اِحْتَمَلَ التَّسْوِيَةُ بينهما ؛ لِاسْتِوَائِهِمَا فِي اسْتِحْقَاقِ مِيرَاثِهِ ، والصَّحِيحُ أَنَّ الْجَدَّ أَحَقُّ ؛ لِأَنَّ لَهُ مَرِيَّةَ الْوِلَادَةِ وَالْأَبُوَّةِ ، ولأنَّ ابْنَ ابْنِهِ / يَرِثُهُ مِيرَاثُ ابْنٍ ، وَيَرِثُ الْأَخُ مِيرَاثَ أَخٍ ، ومِيرَاثُ الابْنِ آكَدُ ، فالنَّفَقَةُ الْوَاجِبَةُ بِهِ تَكُونُ آكَدَ . وإن كَانَ مَكَانَ الْأَخِ ابْنُ أَخٍ أَوْ عَمٌّ ، فَالْجَدُّ أَوْلَى بِكُلِّ حَالٍ .

١٩٥/٨

فصل : والواجبُ في نفقة القريب قَدْرُ الْكِفَايَةِ مِنَ الْخُبْزِ وَالْأَدَمِ وَالْكُسُوفَةِ ، بقَدْرِ الْعَادَةِ ، على ما ذكرناه في الزَّوْجَةِ ، لِأَنَّهَا وَجِبَتْ لِلْحَاجَةِ ، فَتَقَدَّرَتْ بِمَا تُنْدَفِعُ بِهِ الْحَاجَةُ ، وقد قال النَّبِيُّ ﷺ لِهِنْدٍ : « خُذِي مَا يَكْفِيكَ وَوَلَدُكَ بِالْمَعْرُوفِ » (٢٠) . فَتَقَدَّرَ نَفَقَتُهَا وَنَفَقَةُ وَلَدِهَا بِالْكِفَايَةِ . فإن احتاجَ إِلَى خَادِمٍ فَعَلَيْهِ إِخْدَامُهُ ، كما قلنا في الزَّوْجَةِ ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ مِنْ تَمَامِ كِفَايَتِهِ .

١٣٨٦ - مسألة ؛ قال : (وَعَلَى الْمُعْتَقِ نَفَقَةُ مُعْتَقِهِ ، إِذَا كَانَ فَقِيرًا ؛ لِأَنَّهُ وَارِثُهُ)

هذا مبنيٌّ عَلَى الْأَصْلِ الَّذِي تَقَدَّمَ ، وَأَنَّ النَّفَقَةَ تَجِبُ عَلَى الْوَارِثِ ، وَالْمُعْتَقُ وَارِثُ عَتِيقِهِ ، فَتَجِبُ عَلَيْهِ نَفَقَتُهُ إِذَا كَانَ فَقِيرًا ، وَلِمَوْلَاهُ يَسَارٌ يُنْفِقُ عَلَيْهِ مِنْهُ . وقال مالك ، وَالشَّافِعِيُّ ، وَأَصْحَابُ الْبُرْأَيِ : لَا تَجِبُ عَلَيْهِ نَفَقَتُهُ ، بِنَاءً عَلَى أَصُولِهِمُ الَّتِي ذَكَرْنَاهَا .

(١٩) تقدم تخريجه ، في : ٣٠٩/٤ .

(٢٠) تقدم تخريجه في صفحة ٣٤٨ .

وَلَنَا ، قَوْلُ اللَّهِ تَعَالَى : ﴿ وَعَلَى الْوَارِثِ مِثْلُ ذَلِكَ ﴾ ^(١) . وَقَالَ النَّبِيُّ ﷺ : « أُمْلَكَ وَأَبَاكَ ، وَأُخْتَكَ وَأُخَاكَ ، ثُمَّ أَدْنَاكَ أَدْنَاكَ ، وَمَوْلَاكَ الَّذِي يَلِي ذَاكَ ، حَقًّا وَاجِبًا ، وَرَحِمًا مَوْصُولًا » ^(٢) . وَلَئِنَّهُ يَرِثُهُ بِالتَّعْصِيبِ ، فَكَانَتْ عَلَيْهِ نَفَقَتُهُ كَالأَبِ . وَيُشْتَرَطُ فِي وُجُوبِ الْإِتِّفَاقِ عَلَيْهِ الشُّرُوطُ الْمَذْكُورَةُ فِي غَيْرِهِ .

فصل : فَإِنْ مَاتَ مَوْلَاهُ ، فَالْنَّفَقَةُ عَلَى الْوَارِثِ مِنْ عَصَبَاتِهِ ، عَلَى مَا بَيَّنَّ فِي بَابِ الْوَلَاءِ ^(٣) . وَيَجِبُ عَلَى السَّيِّدِ نَفَقَةُ أَوْلَادِهِ عَتِيقِهِ ، إِذَا كَانَ لَهُ عَلَيْهِمْ وَلَاءٌ ؛ لِأَنَّهُ عَصَبَتُهُمْ وَوَارِثُهُمْ ، وَعَلَيْهِ نَفَقَةُ أَوْلَادِهِ مُعْتَقَتِهِ ^(٤) إِذَا كَانَ أَبُوهُمْ عَبْدًا كَذَلِكَ ، فَإِنْ أُعْتِقَ أَبُوهُمْ فَانْجَرَّ الْوَلَاءُ إِلَى مُعْتَقِهِ ، صَارَ وَلَاؤُهُمْ ^(٥) لِمُعْتِقِ أَبِيهِمْ ، وَنَفَقَتُهُمْ عَلَيْهِ ، إِذَا كَمَلَتْ الشُّرُوطُ ، وَلَيْسَ عَلَى الْعَتِيقِ ^(٦) نَفَقَةُ مُعْتَقِهِ وَإِنْ ^(٧) كَانَ فَقِيرًا ؛ لِأَنَّهُ لَا يَرِثُهُ ، فَإِنْ كَانَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مَوْلَى صَاحِبِهِ ، مِثْلُ أَنْ يَعْتِقَ الْحَرَبِيُّ عَبْدًا ، ثُمَّ يَسْبِي الْعَبْدُ سَيِّدَهُ فَيُعْتِقَهُ ، فَعَلَى كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا نَفَقَةُ الْآخَرِ ؛ لِأَنَّهُ يَرِثُهُ .

١٣٨٧ - مسألة ؛ قال : (وَإِذَا زُوِّجَتِ الْأُمَةُ ، لَزِمَ زَوْجُهَا أَوْ سَيِّدُهُ ، إِنْ كَانَ مَمْلُوكًا ، نَفَقَتُهَا)

وجملته أَنْ زَوْجَ الْأُمَةِ لَا يَخْلُو مِنْ ^(١) أَنْ يَكُونَ حُرًّا أَوْ عَبْدًا ، أَوْ بَعْضُهُ حُرًّا ^(٢) وَبَعْضُهُ عَبْدًا ^(٣) ، فَإِنْ كَانَ حُرًّا ، فَنَفَقَتُهَا عَلَيْهِ ، لِلنَّصِّ ، وَاتِّفَاقِ أَهْلِ الْعِلْمِ عَلَى وُجُوبِ نَفَقَةِ

(١) سورة البقرة ٢٣٣ .

(٢) تقديم تخرجه ، في صفحة ٣٨٢ .

(٣) تقدم في : ٢٣٨/٩ وما بعدها .

(٤) في ا ، ب ، م : « معتقه » .

(٥) في م : « ولأوه » .

(٦) في م : « المعتق » .

(٧) في م : « إذا » .

(١) في ا ، م : « إما » .

(٢) في ا ، ب ، م : « حر » .

(٣) في ا ، ب ، م : « عبد » .

الزَّوْجَاتِ عَلَى أَزْوَاجِهِنَّ الْبَالِغِينَ ، وَالْأُمَّةُ دَاخِلَةٌ فِي عُمُومِهِنَّ ، وَلِأَنَّهَا زَوْجَةٌ مُمَكَّنَةٌ مِنْ نَفْسِهَا ، فَوَجَبَ عَلَى زَوْجِهَا نَفَقَتُهَا ، كَالْحُرَّةِ ، وَإِنْ كَانَ زَوْجُهَا مَمْلُوكًا ، فَالْنَّفَقَةُ وَاجِبَةٌ لَزَوْجَتِهِ لِدَلَالَةِ ذَلِكَ . قَالَ ابْنُ الْمُنْذِرِ : أَجْمَعَ كُلُّ مَنْ أَحْفَظُ^(٤) عَنْهُ مِنْ أَهْلِ الْعِلْمِ ، عَلَى أَنَّ عَلَى الْعَبْدِ نَفَقَةَ زَوْجَتِهِ . هَذَا قَوْلُ الشَّعْبِيِّ ، وَالْحَكَمِيِّ ، وَالشَّافِعِيِّ . وَبِهِ قَالَ أَصْحَابُ الرَّأْيِ إِذَا بَوَّأَهَا بَيْتًا . وَحُكِيَ عَنِ مَالِكٍ ، أَنَّهُ قَالَ : لَيْسَ عَلَيْهِ نَفَقَتُهَا ؛ لِأَنَّ النَّفَقَةَ مُوَاسَاةٌ ، وَلَيْسَ هُوَ مِنْ أَهْلِهَا ، وَلِذَلِكَ لَا تَجِبُ عَلَيْهِ نَفَقَةُ أَقَارِبِهِ ، وَلَا زَكَاةُ مَالِهِ . وَلَنَا ، أَنَّهَا عِوَضٌ وَاجِبٌ فِي النِّكَاحِ ، فَوَجَبَتْ عَلَى الْعَبْدِ ، كَالْمَهْرِ ، وَالدَّلِيلُ عَلَى أَنَّهَا عِوَضٌ ، أَنَّهَا تَجِبُ فِي مُقَابَلَةِ التَّمْكِينِ ، وَهَذَا تَسْقُطُ عَنْ الْحُرِّ بِفَوَاتِ التَّمْكِينِ ، وَفَارَقَ نَفَقَةَ الْأَقَارِبِ . إِذَا ثَبَتَ وَجُوبُهَا عَلَى الْعَبْدِ ، فَإِنَّهَا تَلْزَمُ سَيِّدَهُ ؛ لِأَنَّ السَّيِّدَ أَذِنَ^(٥) فِي النِّكَاحِ الْمُفْضِي إِلَى إِجْبَائِهَا . وَقَالَ ابْنُ أَبِي مُوسَى : فِيهِ رِوَايَةٌ أُخْرَى ، أَنَّهَا تَجِبُ فِي كَسْبِ الْعَبْدِ . وَهُوَ قَوْلُ أَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ^(٦) يُمَكِّنْ إِجْبَائُهَا فِي ذِمَّتِهِ ، وَلَا رَقَبَتِهِ ، وَلَا ذِمَّةَ سَيِّدِهِ ، وَلَا إِسْقَاطُهَا ، فَلَمْ يَبْقَ إِلَّا أَنْ تَتَعَلَّقَ بِكَسْبِهِ . وَقَالَ الْقَاضِي : تَتَعَلَّقُ بِرَقَبَتِهِ ؛^(٧) لِأَنَّ الْوَطْءَ فِي النِّكَاحِ بِمَنْزِلَةِ الْجِنَايَةِ ، وَأُرْشُ جِنَايَةِ الْعَبْدِ يَتَعَلَّقُ بِرَقَبَتِهِ^(٧) ، يُبَاغُ فِيهَا ، أَوْ يَفْدِيهِ سَيِّدُهُ . وَهَذَا قَوْلُ أَصْحَابِ الرَّأْيِ . وَلَنَا ، أَنَّهُ دَيْنٌ أَذِنَ السَّيِّدُ فِيهِ ، فَلَزِمَ^(٨) ذِمَّتَهُ ، كَالَّذِي اسْتَدَانَهُ وَكَيْلَهُ . وَقَوْلُهُمْ : إِنَّهُ فِي مُقَابَلَةِ الْوَطْءِ . غَيْرُ صَحِيحٍ ؛ فَإِنَّهُ يَجِبُ مِنْ غَيْرِ وَطْءٍ ، وَيَجِبُ لِلرَّقْتَاءِ ، وَالْحَائِضِ ، وَالنَّفْسَاءِ ، وَزَوْجَةِ الْمَجْبُوبِ وَالصَّغِيرِ ، وَإِنَّمَا يَجِبُ بِالتَّمْكِينِ ، وَلَيْسَ ذَلِكَ بِجِنَايَةٍ وَلَا قَائِمٌ مَقَامِهَا . وَقَوْلُ مَنْ قَالَ : إِنَّهُ تَعَذَّرَ إِجْبَائُهَا فِي ذِمَّةِ السَّيِّدِ . غَيْرُ صَحِيحٍ ؛ فَإِنَّهُ لَا مَانِعَ مِنْ إِجْبَائِهِ ، وَقَدْ ذَكَرْنَا وَجُودَ مُقْتَضِيهِ ، فَلَا مَعْنَى لِدَعْوَى التَّعَذُّرِ .

(٤) فِي ب : « يَحْفَظُ » .

(٥) فِي م زِيَادَةٌ : « لَهُ » .

(٦) فِي أ : « لَا » .

(٧-٧) سَقَطَ مِنْ : ب . نَقَلَ نَظَرَ .

(٨) فِي ب : « فَيَلْزَمُ » .

١٣٨٨ - مسألة ؛ قال : (وَإِنْ كَانَتْ أُمَةٌ تَأْوِي بِاللَّيْلِ عِنْدَ الزَّوْجِ ، وَبِالنَّهَارِ عِنْدَ الْمَوْلَى ، أَتَفَقَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مُدَّةَ مُقَامِهَا / عِنْدَهُ)

١٩٦/٨

هذه المسألة قد تقدّمت ^(١) ، وذكرنا أنّ النّفقة في مُقابلة التّمكين ، وقد وُجد منها في اللّيل ، فتجبُ على الزّوج النّفقة فيه ، والباقي منها على السيّد ، بحكم أنّها مملوكته لم تجب لها نفقة على غيره في هذا الزمن ، فيكون على هذا على كلّ واحدٍ منهما نصفُ النّفقة . وهذا أحدُ قولَي الشافعي . وقال في الآخر : لا نفقة لها على الزّوج ؛ لأنّها لم تُمكن من نفسها في جميع الزّمان ، فلم يجب لها شيءٌ من النّفقة ، كالحرّة إذا بذلت نفسها في أحد الزّمانين دون الآخر . ولنا ، أنّه وُجد التّمكين الواجب بعقد النكاح ، فاستحققت ^(٢) النّفقة ، كالحرّة إذا مكنت ^(٣) من نفسها في غير أوقات الصّلوات المفروضات ، والصّوم الواجب ، والحجّ المفروض . وفارق الحرّة إذا امتنعت في أحد الزّمانين ، فإنّها لم تبدّل الواجب ، فتكون ناشِزًا ، وهذه ليست ناشِزًا ولا عاصيةً .

١٣٨٩ - مسألة ؛ قال : (فَإِنْ كَانَ لَهَا وَلَدٌ ، لَمْ تُلْزَمْ نَفَقَةُ وَلَدِهِ ، حُرًّا كَانَ أَوْ عَبْدًا ، وَنَفَقَتُهُمْ عَلَى سَيِّدِهِمْ)

يعنى الأُمّة ليس على زوّجها نفقة ^(١) ولده منها ، وإن كان حُرًّا ؛ لأنّ وَلَدَ الأُمّة عبدٌ لسيّدها ، فإنّ الولد يتبع أُمّه في الرّق والحرّيّة ، فتكون نفقتهم على سيّدهم دون أبيهم ، فإنّ العبد أخصُّ بسيّده من أبيه ، ولذلك لا ولاية بينه وبين أبيه ، ولا ميراث ، ولا إنفاق ، وكلّ ذلك للسيّد ، وقد رُوِيَتْ عن أبي عبد الله ، رَحِمَهُ اللهُ ، ^(٢) روايةً أُخرى ^(٣) ، أنّ وَلَدَ

(١) في : ٥٠٨/٩ .

(٢) في ١ ، م : « استحققت » .

(٣) في الأصل ، ب : « أمكنت » .

(١-١) في ١ : « ولدها منه » .

(٢-٢) سقط من : ١ .

العَرَبِيُّ يَكُونُ حُرًّا ، وَعَلَى أَبِيهِ فِدَاؤُهُ . فَعَلَى هَذَا تَكُونُ نَفَقَتُهُمْ عَلَيْهِ . وَلَوْ أَعْتَقَ الْوَلَدُ سَيِّدَهُ ، أَوْ عَلَّقَ عِتْقَهُ بِوِلَادَتِهِ ^(٣) ، أَوْ تَزَوَّجَ الْأُمَّةَ عَلَى أَنَّهَا حُرَّةٌ ، فَوَلَدَهُ مِنْهَا أَحْرَارًا ، وَعَلَى أَبِيهِمْ نَفَقَتُهُمْ فِي هَذِهِ الْمَوَاضِعِ كُلِّهَا ، إِذَا كَانَ حُرًّا ، وَتَحَقَّقَتْ فِيهِ شَرَائِطُ الْإِنْفَاقِ .

فصل : وَإِذَا ^(٤) طَلَّقَ الْأُمَّةَ طَلَاقًا رَجْعِيًّا ، فَلَهَا النَّفَقَةُ فِي الْعِدَّةِ ؛ لِأَنَّهَا زَوْجَةٌ . وَإِنْ أَبَانَهَا وَهِيَ حَائِلٌ ، فَلَا نَفَقَةَ لَهَا ؛ لِأَنَّهَا لَوْ كَانَتْ حُرَّةً ، لَمْ يَكُنْ لَهَا نَفَقَةٌ ، فَالْأُمَةُ أَوْلَى ، وَإِنْ كَانَتْ حَامِلًا ، فَلَهَا النَّفَقَةُ ؛ لِقَوْلِهِ تَعَالَى : ﴿ وَإِنْ كُنَّ أُولَاتٍ حَمِلْنَ فَأَنفِقُوا عَلَيْهِنَّ حَتَّى يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ ﴾ ^(٥) . نَصَّ عَلَى هَذَا أَحْمَدُ . وَبِهِ قَالَ إِسْحَاقُ . وَقَدْ رُوِيَ ^(٦) عَنْ

أَبِي عَبْدِ اللَّهِ ، رَحِمَهُ اللَّهُ ، فِي نَفَقَةِ الْحَامِلِ ^(٧) ، / هَلْ هِيَ لِلْحَمْلِ أَوْ لِلْحَامِلِ بِسَبَبِهِ ؟ رَوَيْتَانِ ؛ إِحْدَاهُمَا ، هِيَ لِلْحَمْلِ . فَعَلَى هَذَا لَا تَجِبُ لِلْمَمْلُوكَةِ الْحَامِلِ الْبَائِنِ نَفَقَةٌ ؛ لِأَنَّ الْحَمْلَ مَمْلُوكٌ لِسَيِّدِهَا ، فَنَفَقَتُهُ عَلَيْهِ . وَلِلشَّافِعِيِّ فِي هَذَا قَوْلَانِ ، كَالرَّوَايَتَيْنِ .

فصل : وَإِنْ طَلَّقَ الْعَبْدُ زَوْجَتَهُ الْحَامِلَ طَلَاقًا بَائِنًا ، انْتَبَى عَلَى وَجُوبِ النَّفَقَةِ ، عَلَى الرَّوَايَتَيْنِ فِي النَّفَقَةِ ، هَلْ هِيَ لِلْحَمْلِ أَوْ لِلْحَامِلِ ؟ فَإِنْ قُلْنَا : هِيَ لِلْحَمْلِ . فَلَا نَفَقَةَ عَلَى الْعَبْدِ . وَبِهِ قَالَ مَالِكٌ . وَرَوَى ذَلِكَ عَنِ الشَّعْبِيِّ ؛ لِأَنَّهُ لَا تَجِبُ عَلَيْهِ نَفَقَةُ وَلَدِهِ . وَإِنْ قُلْنَا : هِيَ لِلْحَامِلِ بِسَبَبِهِ . وَجَبَتْ لَهَا النَّفَقَةُ . وَهَذَا قَوْلُ الْأَوْزَاعِيِّ ؛ لِأَنَّ اللَّهَ تَعَالَى قَالَ : ﴿ وَإِنْ كُنَّ أُولَاتٍ حَمِلْنَ فَأَنفِقُوا عَلَيْهِنَّ حَتَّى يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ ﴾ . وَلِأَنَّهَا حَامِلٌ ، فَوَجَبَتْ لَهَا النَّفَقَةُ ، كَمَا لَوْ كَانَ زَوْجُهَا حُرًّا .

فصل : وَالْمُعْتَقُ بَعْضُهُ ، عَلَيْهِ مِنْ نَفَقَةِ امْرَأَتِهِ بِقَدْرِ مَا فِيهِ مِنَ الْحُرِّيَّةِ ، وَبَاقِيهَا عَلَى سَيِّدِهِ ، أَوْ فِي ضَرِيَّتِهِ ، أَوْ فِي رَقَبَتِهِ ، عَلَى مَا ذَكَرْنَا فِي الْعَبْدِ . وَالْقَدْرُ الَّذِي يَجِبُ عَلَيْهِ بِالْحُرِّيَّةِ ، يُعْتَبَرُ فِيهِ حَالُهُ ؛ إِنْ كَانَ مُوسِرًا فَنَفَقَةُ الْمُوسِرِينَ ، وَإِنْ كَانَ مُعْسِرًا فَنَفَقَةُ

(٣) فِي ب ، م : « بِلَادَةٍ » .

(٤) فِي ب : « وَإِنْ » .

(٥) سُورَةُ الطَّلَاقِ ٦ .

(٦) فِي م : « رَوَى » .

(٧) جَاءَ فِي م هُنَا : « رَوَيْتَانِ » . وَهِيَ الْآيَةُ .

المُعْسِرِينَ، والباقي تجب فيه نفقة المُعْسِرِينَ ؛ لأنَّ النَّفَقَةَ مِمَّا يَتَّبَعُ ، وما يَتَّبَعُ بَعْضُناهُ في حَقِّ الْمُعْتَقِ بَعْضُهُ كالميراثِ والدياتِ ، وما لا يَتَّبَعُ ، فهو فيه كالعبدِ ، ولأنَّ^(٨) الحُرِّيَّةَ إمَّا شَرْطٌ فيه ، أو سَبَبٌ له ، ولم^(٩) يَكْمُلْ . وهذا اخْتِيَارُ الْمُزَنِّي . وقال الشافعي : حُكْمُهُ حُكْمُ الْقِنِّ في الْجَمِيعِ ، إلحاقاً لأحَدِ الْحُكْمَيْنِ بِالْآخَرِ . ولنا ، أَنَّهُ يَمْلِكُ يَنْصِفُهُ الْحُرَّ مِلْكاً تَاماً ، ولهذا يُورَثُ عَنْهُ ، وَيُكْفَرُ بِالْإِطْعَامِ ، وَيَجِبُ فِيهِ نِصْفُ دِيَةِ الْحُرِّ ، فَوَجَبَ أَنْ تَتَّبَعَ نَفَقَتُهُ ؛ لَأَنَّهَا مِنْ جُمْلَةِ الْأَحْكَامِ الْقَابِلَةِ لِلتَّبْعِيضِ ، فَأَمَّا نَفَقَةُ أَقَارِبِهِ ، فَيَلْزُمُهُ مِنْهَا بِقَدْرِ مِيرَاثِهِ ؛ لَأَنَّ النَّفَقَةَ تَنْبَنِي عَلَى الْمِيرَاثِ .^(١٠) (وعند الْمُزَنِّي ،^(١١)) تَلْزُمُهُ كُلُّهَا ؛ لَأَنَّهَا لَا تَتَّبَعُ . وعند الشافعي ، لَا يَلْزُمُهُ شَيْءٌ ؛ لَأَنَّ حُكْمَهُ حُكْمُ الْعَبْدِ . وقد سَبَقَ الْكَلَامُ فِي هَذَا .

١٣٩٠ - مسألة ؛ قال : (وَلَيْسَ عَلَى الْعَبْدِ نَفَقَةٌ^(١)) وَلَدَهُ ، حُرَّةٌ كَانَتْ الزَّوْجَةُ أَوْ أَمَةً)

أما إذا كانت زوجة العبد حُرَّةً ، فولدُها أحرارٌ ؛ لأنَّ الْوَلَدَ يَتَّبِعُ الْأُمَّ في الرِّقِّ وَالْحُرِّيَّةِ ، وليس على العبد نفقة أقاربه الأحرار^(٢) ؛ لأنَّ نَفَقَتَهُمْ تَجِبُ عَلَى سَبِيلِ / الْمُوَأَسَاةِ ، وليس هو من أهلها . وأما إذا كانت زَوْجَتُهُ مَمْلُوكَةً ، فولدُها عبيدٌ لسيِّدِها ؛ لأنَّهُمْ يَتَّبِعُونَهَا ، فتكون نفقتهم على سيِّدِهِمْ .

فصل : وحكم المكاتبِ ، في نفقة الزوجات والأولاد والأقارب ، حكم العبد القين ؛ لأنه عبدٌ ما بقي عليه دِرْهَمٌ ، إلا أنه إذا كانت له زوجة أنفقَ عليها من كَسْبِهِ ؛ لأنَّ نَفَقَةَ الزَّوْجَةِ واجبةٌ بحُكْمِ الْمُعَاوَضَةِ مع اليسار والإعسار ، ولذلك وجبت على العبد ،

(٨) سقطت الواو من : ١ ، م .

(٩) في م : « فلم » .

(١٠-١١) سقط من : م .

(١) في الأصل زيادة : « زوجة » خطأ .

(٢) سقط من : ب .

فعلى المُكاتبِ أُولَى ، ولأنَّ نفقةَ المرأة لا تُسقطُ عن أحدٍ من الناس ، إذا لم يُوجد منها ما يُسقطُ نفقتها ، ولا يُمكنُ إيجابها على سيِّده ؛ لأنَّ نفقةَ المُكاتب لا تُجبُ على سيِّده ، فنفقةُ امرأته أُولَى . فأما نفقةُ أولاده وأقاربه الأحرار ، فلا تُجبُ عليه ؛ لأنها تُجبُ على سبيلِ المُواساة ، وليس هو من أهلها ، ولذلك لا تُجبُ عليه الزكاةُ في ماله ، ولا الفطرةُ في بدنه ، فإن كانت زوجته حُرَّةً ، فنفقةُ أولادها عليها ؛ لأنَّهم يتبعونها في الحرِّية . وإن كان لهم أقارب أحرار ، كجدِّ حرٍّ وأخٍ حرٍّ مع الأمِّ ، أنفقَ كلُّ واحدٍ منهم بحسبِ ميراثه ، والمُكاتبُ كأنه معدومٌ بالنسبةِ إلى النفقة .

١٣٩١ - مسألة ؛ قال : (وعلى المُكاتبية نفقةٌ ولدها دون أبيه المُكاتب)

وجملته أن المُكاتب إذا كان له ولدٌ ، (١) لم يخلُ ؛ إمَّا أن يكون من زوجة (٢) أو من أمة (٣) ، فإن كان من زوجة (٢) ، وكانت مُكاتبيةً ، فولدُها يتبعونها في الكِتابية ، ويكونون موقوفين على كِتابيتها ؛ إن رقت رِقوا ، وإن عتقت بالأداء عتقوا ، فتكون نفقتهم عليها ممَّا في يديها (٤) ؛ لأنَّهم في حكمِ نفسِها ، ونفقتُها ممَّا في يديها ، فكذلك على ولدها . وأما زوجها المُكاتب ، فليس عليه نفقتهم ؛ لأنَّهم عبيدٌ لسيِّد المُكاتبية . وإن كانت زوجته حُرَّةً أو أمةً ، فقد بيَّنا حكمهم . وإن أراد المُكاتبُ التبرُّعَ بالإئفاق على ولده ، وكان من أمةٍ أو مُكاتبيةٍ لغير سيِّده (٥) ، أو حُرَّةً ، لم يَكُنْ له ذلك ؛ لأنَّ فيه تَغْرِيرًا بمال سيِّده ، وإن كان من أمةٍ لسيِّده ، (٦) جاز ؛ لأنَّه مملوكٌ لسيِّده (٦) ، فهو يُنفقُ عليه من المال الذي تعلق به حقُّ سيِّده ، وإن كان من مُكاتبيةٍ لسيِّده ، احتَمَلَ الجواز ؛ لأنَّه في

(١-١) في ١ : لا يخلو .

(٢) في م : زوجته .

(٣) في النسخ : أُمته . وانظر بقية المسألة ، والمسألة التالية .

(٤) في ب : يدها .

(٥) في ب : سيدها .

(٦-٦) سقط من : الأصل . نقل نظر .

الحال بمنزلة / أمه ، وأمه مملوكة لسيدها . ويَحْتَمِلُ أَنْ لَا يَجُوزَ ؛ لِأَنَّ فِيهِ تَغْيِيرًا ، إِذَا لَا يَحْتَمِلُ أَنْ يَعْجَزَ هُوَ ، وَتَوَدَّى الْمُكَاتِبَةُ ، فَيُعْتَقُ وَلَدُهَا ، فَيَحْصُلُ الْإِنْفَاقُ عَلَيْهِ^(٧) مِنْ مَالِ سَيِّدِهِ ، وَيَصِيرُ حُرًّا .

١٣٩٢ - مسألة ؛ قال : (وَعَلَى الْمُكَاتِبِ نَفَقَةُ وَلَدِهِ مِنْ أُمَّتِهِ)

أَمَّا وَلَدُ الْمُكَاتِبِ مِنْ أُمَّتِهِ ، فَنَفَقَتُهُمْ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّ وَلَدَهُ مِنْ أُمَّتِهِ تَابِعٌ لَهُ ، يَرْقُ بِرَقِّهِ ، وَيُعْتَقُ بِعَتَقِهِ ، فَجَرَى مَجْرَى نَفْسِهِ فِي النَّفَقَةِ ، فَكَمَا أَنَّ الْمُكَاتِبَ يُنْفِقُ عَلَى نَفْسِهِ ، فَكَذَلِكَ عَلَى وَلَدِهِ الَّذِي هَذَا حَالُهُ ، وَلَئِنْ هَذَا الْوَلَدُ لَيْسَ لَهُ مَنْ يُنْفِقُ عَلَيْهِ سِوَى أَبِيهِ ، فَإِنَّ أُمَّهُ أُمَةٌ لِلْمُكَاتِبِ ، وَلَيْسَ لَهُ مِنَ الْأَحْرَارِ أَقَارِبُ ، فَيَتَعَيَّنُّ عَلَى الْمُكَاتِبِ الْإِنْفَاقُ عَلَيْهِ ، كَأُمِّهِ ، وَلَئِنَّهُ لَا ضَرَرَ عَلَى السَّيِّدِ فِي إِنْفَاقِ الْمُكَاتِبِ عَلَى وَلَدِهِ مِنْ أُمَّتِهِ ؛ لِأَنَّهُ إِنْ أَدَّى وَعَتَقَ ، فَقَدْ وَفَّى مَالَ الْكِتَابَةِ ، وَلَيْسَ لِلْسَّيِّدِ أَكْثَرُ مِنْهَا ، وَإِنْ عَجَزَ وَرَقَّ ، عَادَ إِلَيْهِ الْمُكَاتِبُ وَوَلَدُهُ الَّذِي أَنْفَقَ عَلَيْهِ ، فَكَأَنَّهُ إِنَّمَا أَنْفَقَ عَلَى عَبْدِهِ ، وَتَصِيرُ نَفَقَتُهُ عَلَيْهِ كَنَفَقَتِهِ عَلَى سَائِرِ رَقِيقِهِ .

فصل : وليس للمُكَاتِبِ أَنْ يَتَسَرَّى بِأُمَّتِهِ إِلَّا بِإِذْنِ سَيِّدِهِ ؛ لِأَنَّ مِلْكَهُ غَيْرُ تَامٍّ ، وَعَلَى السَّيِّدِ ضَرَرٌ فِي تَسَرُّيهِ بِهَا ؛ لِمَا فِيهِ مِنَ التَّغْيِيرِ بِهَا . وَإِنْ أَذِنَ لَهُ سَيِّدُهُ فِي ذَلِكَ ، جَاز ؛ لِأَنَّ الْمَنْعَ لِحَقِّهِ ، فَجَازَ بِإِذْنِهِ ، كَمَا لَوْ أَذِنَ لِعَبْدِهِ الْقِنْ . وَإِنْ وَطِئَ بِغَيْرِ إِذْنِهِ ، فَلَا حَدَّ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّهُ وَطِئَ مَمْلُوكَتَهُ ، فَإِنْ أَوْلَدَهَا فِي الْمَوْضِعَيْنِ ، صَارَتْ أُمٌّ وَلَدٍ لَهُ ، لَيْسَ لَهُ بَيْعُهَا ، وَلَا بَيْعُ وَلَدِهِ ، فَإِنْ عَتَقَ ، عَتَقَ وَلَدُهَا ، وَصَارَتْ الْأُمَةُ أُمٌّ وَلَدٍ ، تَعْتَقُ بِمَوْتِهِ ، وَإِنْ رَقَّ ، رَقَّتْ هِيَ وَوَلَدُهَا ، وَصَارَتْ أُمَةٌ لَسَيِّدِهِ ، وَالْمُكَاتِبُ وَوَلَدُهُ عَبْدَانِ لَهُ . وَيُلْزَمُ الْمُكَاتِبُ الْإِنْفَاقُ عَلَى عَبْدِهِ ، وَإِمَائِهِ ، وَأُمَّهَاتِ أَوْلَادِهِ ؛ لِأَنَّهُمْ^(١) مِلْكٌ لَهُ ، فَلِزِمِهِ الْإِنْفَاقُ عَلَيْهِمْ ، كِبَهَائِمِهِ .

(٧) في ١ ، م : ه عليها .

(١) في ١ : ه لأنه .

باب الحال التي تجب فيها النفقة على الزوج

١٣٩٣ - مسألة ؛ قال ، رَحِمَهُ اللهُ : (وَإِذَا تَزَوَّجَ بِامْرَأَةٍ مِثْلَهَا يُوطَأُ ، فَلَمْ تُمْنَعْهُ نَفْسَهَا ، وَلَا مَنَعَهُ أَوْلِيَاؤُهَا ، لَزِمَتْهُ النَّفَقَةُ)

وجملة ذلك أن المرأة تُسْتَحِقُّ النفقة على زوجها بشرطين ؛ أحدهما ، أن تكون كبيرة يُمكنُ^(١) وطؤها ، فإن كانت صغيرة لا تُحْتَمِلُ الوطءَ ، فلا نفقة لها . وهذا قال الحسنُ ، ويكرُّ بن عبد الله / المُزْنِيُّ ، والنَّخَعِيُّ ، وإسحاقُ ، وأبو ثورٍ ، وأصحابُ الرأي . وهو المنصوصُ^(٢) عن الشافعي . وقال في موضع : لو قيل : لها النفقة . كان مذهباً . وهذا قول الثوري ؛ لأنَّ تَعَذُّرَ الوطءِ لم يكن يفعلها ، فلم يمنع وجوب النفقة لها ، كالمريض . ولنا ، أن النفقة تجب بالتمكين من الاستمتاع ، ولا يتصور ذلك مع تعذُّر الاستمتاع ، فلم تجب نفقتها ، كما لو منعه أولياؤها من تسليم نفسها ، وهذا يطل ما ذكره ، ويفارق المريضة ، فإن الاستمتاع بها ممكن ، وإنما نقص بالمريض ، ولأنَّ مَنْ لا تمكن الزوج من نفسها ، لا يلزم الزوج نفقتها ، فهذه أولى ؛ لأنَّ تلك يُمكنُ الزوج قهرها ، والاستمتاع منها^(٣) كرهاً ، وهذه لا يُمكنُ ذلك فيها بحال . الشرط الثاني ، أن تبذل التمكين التام من نفسها لزوجها ، فأما إن منعت نفسها ، أو منعه أولياؤها ، أو نساكتا بعد العقد ، فلم تبذل ولم يطلب ، فلا نفقة لها ، وإن أقامنا زمتنا ، فإن النبي ﷺ تزوج عائشة ، ودخلت عليه بعد سنتين ، ولم ينفق إلا بعد دخوله ، ولم يلتزم^(٤) نفقتها لما مضى^(٥)

(١) في ب : « يمكن » .

(٢) في ا ، م : « منصوص » .

(٣) في م : « بها » .

(٤) في ب : « يلزم » .

(٥) تقدم تخريجه في : ٣٩٨/٩ . ويضاف إليه : وأخرجه البخاري ، في : باب إنكاح الرجل ولده الصغار ، وباب من =

ولأنَّ النَّفَقَةَ تَجِبُ فِي مُقَابَلَةِ التَّمَكِينِ الْمُسْتَحَقِّ بِعَقْدِ^(٦) النِّكَاحِ ، فَإِذَا وَجِدَ اسْتَحِقَّتْ ، وَإِذَا فُقِدَ لَمْ تَسْتَحِقَّ شَيْئًا ، وَلَوْ بِذَلِكَ تَسْلِيمًا غَيْرَ تَامٍّ ، بَأَن تَقُولَ : أَسَلَّمُ إِلَيْكَ نَفْسِي فِي مَنْزِلِي دُونَ غَيْرِهِ . أَوْ فِي الْمَوْضِعِ الْفُلَانِيِّ دُونَ غَيْرِهِ . لَمْ تَسْتَحِقَّ شَيْئًا ، إِلَّا أَنْ تَكُونَ قَدْ اشْتَرَطْتَ^(٧) ذَلِكَ فِي الْعَقْدِ ؛ لِأَنَّهَا لَمْ تَبْذُلِ التَّسْلِيمَ الْوَاجِبَ بِالْعَقْدِ ، فَلَمْ تَسْتَحِقَّ النَّفَقَةَ ، كَمَا لَوْ قَالَ الْبَائِعُ : أَسَلَّمُ إِلَيْكَ السَّلْعَةَ عَلَى أَنْ تَتْرُكَهَا فِي مَوْضِعِهَا ، أَوْ فِي مَكَانٍ بَعَيْنِهِ . وَإِنْ شَرَطْتَ دَارَهَا أَوْ بَلَدَهَا ، فَسَلَّمْتَ نَفْسَهَا فِي ذَلِكَ ، اسْتَحَقَّتِ النَّفَقَةُ ؛ لِأَنَّهَا سَلَّمَتِ التَّسْلِيمَ الْوَاجِبَ عَلَيْهَا ، وَلِذَلِكَ لَوْ سَلَّمَ السَّيِّدُ أُمَّتَهُ الْمَرْجُوعَةَ لَيْلًا دُونَ النَّهَارِ ، اسْتَحَقَّتِ النَّفَقَةَ ، وَفَارَقَ الْحُرَّةَ ، فَإِنَّهَا لَوْ بِذَلِكَ تَسْلِيمَ نَفْسِهَا فِي بَعْضِ الزَّمَانِ ، لَمْ تَسْتَحِقَّ شَيْئًا ؛ لِأَنَّهَا لَمْ تُسَلِّمْ التَّسْلِيمَ الْوَاجِبَ بِالْعَقْدِ . وَكَذَلِكَ إِنْ أُمَكَّنْتَهُ مِنْ اسْتِمْتَاعِ^(٨) ، وَمَنْعْتَهُ اسْتِمْتَاعًا ، لَمْ تَسْتَحِقَّ شَيْئًا لِذَلِكَ .

فصل : وَإِنْ غَابَ الزَّوْجُ بَعْدَ تَمَكِينِهَا وَوُجُوبِ نَفَقَتِهَا عَلَيْهِ ، لَمْ تَسْقُطْ عَنْهُ ، بَلْ تَجِبُ / عَلَيْهِ فِي زَمَنِ غَيْبَتِهِ ؛ لِأَنَّهَا اسْتَحَقَّتِ النَّفَقَةَ بِالتَّمَكِينِ ، وَلَمْ يُوجَدْ مِنْهَا مَا يُسْقِطُهَا . وَإِنْ غَابَ قَبْلَ تَمَكِينِهَا ، فَلَا نَفَقَةَ لَهَا عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يُوجَدْ الْمَوْجِبُ لَهَا^(٩) . فَإِنْ بَذَلَتِ التَّسْلِيمَ وَهُوَ غَائِبٌ ، لَمْ تَسْتَحِقَّ نَفَقَةً^(١٠) ؛ لِأَنَّهَا بِذَلِكَ فِي حَالٍ لَا يُمَكِّنُهُ التَّسْلِيمُ فِيهِ ، لَكِنْ إِنْ مَضَتْ إِلَى الْحَاكِمِ ، فَبَذَلَتِ التَّسْلِيمَ ، كَتَبَ الْحَاكِمُ إِلَى حَاكِمِ الْبَلَدِ الَّذِي هُوَ فِيهِ لِيَسْتَدْعِيَهُ وَيُعْلِمَهُ ذَلِكَ ، فَإِنْ سَارَ إِلَيْهَا ، أَوْ وَكَّلَ مَنْ يُسَلِّمُهَا إِلَيْهِ ، فَوَصَلَ ، وَتَسَلَّمَهَا^(١١) هُوَ أَوْ نَائِبُهُ ، وَجَبَتِ النَّفَقَةُ حِينَئِذٍ ، وَإِنْ لَمْ يَفْعَلْ ، فَرَضَ الْحَاكِمُ عَلَيْهِ نَفَقَتَهَا مِنَ الْوَقْتِ الَّذِي كَانَ يُمَكِّنُ الْوُصُولَ إِلَيْهَا وَتَسَلَّمَهَا فِيهِ ؛ لِأَنَّ الزَّوْجَ امْتَنَعَ

= بنى بامرأة وهي ابنة تسع ، من كتاب النكاح . صحيح البخارى ٢٢/٧ ، ٢٧ ، ٢٨ . والنسائي ، فى : باب إنكاح الرجل ابنته الصغرى ، من كتاب النكاح . المجتبى ٦٧/٦ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٢١٠/٦ ، ٢٨٠ .

(٦) فى ب : « بعد » .

(٧) فى الأصل : « شرطت » .

(٨) فى ب ، م : « الاستمتاع » .

(٩) سقط من : ب .

(١٠) فى م : « نفقته » .

(١١) فى الأصل : « تسلمها » . وفى م : « وسلمها » .

من تَسْلِمَها مع إمكان ذلك ، وبَذْلِها إِيَّاهُ له ، فَلَزِمَتْهُ نَفَقَتُها ، كما لو كان حاضراً . وإن كانت الزَّوْجَةُ صَغِيرَةً ، يُمكنُ وطؤها ، أو مَجْنُونَةً ، فَسَلَّمَتْ نَفْسَها إليه ، فَتَسَلَّمَها ، لَزِمَتْهُ نَفَقَتُها كالكبيرة ، وإن لم يَتَسَلَّمْها ، لَمَنَعِها نَفْسَها ، أو مَنَعَ أَوْلِيائُها ، فلا نَفَقَةَ لها عليه . وإن غاب الزَّوْجُ ، فَبَذَلَ وَلِيُّها تَسْلِيمَها ، فهو كما لو بَذَلَ المُكَلَّفَةُ التَّسْلِيمَ ، فَإِنَّ وَلِيَّها يَقومُ مَقامَها . وإن بَذَلَتْ هِيَ دُونَ وَلِيَّها ، لم يَفْرِضِ الحَاكِمُ النَّفَقَةَ لها ؛ لأنَّها^(١٢) لا حُكْمَ لِكَلَامِها .

١٣٩٤ - مسألة ؛ قال : (وَإِذَا كَانَتْ بِهَذِهِ الْحَالِ الَّتِي وَصَفْتُ ، وَزَوْجُهَا^(١) صَبِيًّا ، أُجْبِرَ وَلِيُّهُ عَلَى نَفَقَتِها مِنْ مَالِ الصَّغِيرِ ، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ مَالٌ ، فَاحْتَارَتْ فِرَاقَهُ ، فَرَّقَ الْحَاكِمُ بَيْنَهُمَا)

يعنى إذا كانت المرأة كبيرة ، يُمكنُ الاستِمتاعُ بها ، فَمَكَّنَتْ مِنْ نَفْسِها ، أو بَذَلَتْ تَسْلِيمَها ، ولم تَمْنَعْ نَفْسَها ، ولا مَنَعِها أَوْلِيائُها ، فعلى زَوْجِها الصَّبِيِّ نَفَقَتُها . وبهذا قال أبو حنيفة ، ومحمد بن الحسن ، والشافعيُّ في أحدِ قَوْلَيْهِ . وقال في الآخرِ : لا نَفَقَةَ لها . وهو قول مالِكٍ ؛ لأنَّ الزَّوْجَ لا يَتَمَكَّنُ مِنَ الاستِمتاعِ بها ، فلم تَلْزَمْهُ نَفَقَتُها ، كما لو كانت غائبةً أو^(٢) صَغِيرَةً . ولنا ، أَنَّها سَلَّمَتْ نَفْسَها تَسْلِيمًا صحيحًا ، فوجِبَتْ لها النَّفَقَةُ ، كما لو كان الزَّوْجُ كبيرًا ، ولأنَّ الاستِمتاعَ بها مُمكنٌ ، وإنَّما تَعَذَّرَ مِنْ جِهَةِ الزَّوْجِ ، كما لو تَعَذَّرَ التَّسْلِيمُ لِمَرَضِهِ أو غَيْبَتِهِ ، وفارَقَ ما إذا غابَتْ ، أو كانت صَغِيرَةً ، فَإِنَّها لم تُسَلِّمْ نَفْسَها تَسْلِيمًا صحيحًا ، ولم تَبْذُلْ ذلك ، فعلى هذا يُجْبَرُ الْوَلِيُّ عَلَى نَفَقَتِها مِنْ مَالِ الصَّبِيِّ ؛ لأنَّ النَّفَقَةَ عَلَى الصَّبِيِّ ، وإنَّما الْوَلِيُّ يَنْتَوِبُ عَنْهُ فِي أداءِ الواجباتِ / عليه ، كما يُؤَدِّي أُرُوشَ جَنائِياتِهِ ، وَقِيَمَ مُتَلَفَاتِهِ ، وَزَكَواتِهِ . وإن لم يَكُنْ لَهُ مَالٌ ،

١٩٩/٨ و

(١٢) في ا ، ب ، م : لأنه .

(١) سقطت الواو من : ا ، م .

(٢) سقط من : الأصل ، ب .

فاختارت فراقه ، فَرَّقَ الحاكمُ بينهما ، كما ذكرنا في حَقِّ الكبير . فإن كان له مالٌ ، وامْتَنَعَ الولِيُّ من الإنفاقِ ، أَجْبَرَهُ الحاكمُ بالحَبْسِ ، فإن لم يُنْفِقْ ، أَخَذَ الحاكمُ من مالِ الصَّبِيِّ ، وأنْفَقَ عليها ، فإن لم يُمَكِّنْهُ ، وصَبَرَ الولِيُّ على الحَبْسِ ، وتَعَذَّرَ الإنفاقُ ، فَرَّقَ الحاكمُ بينهما ، إذا طَلَبْتُ ذلك ، على ما ذكرنا في حَقِّ الكبير . وذكر القاضي في الكبير ، أَنَّهُ لا يُفَرَّقُ بينهما ، فكذلك هُنا مثله ؛ لأنَّهما سواءٌ في وجوبِ الإنفاقِ عليهما ، فكذلك في أحكامِهِ .

فصل : وإن بَدَلَتِ الرِّتَقَاءُ ، أو الحائِضُ ، أو النَّفْسَاءُ ، أو النَّضْوَةُ الخَلْقَ التي لا يُمَكِّنُهُ^(٣) وطُوهَا ، أو المَرِيضَةُ ، تَسْلِمُ نَفْسِهَا ، لَزِمَتْهُ نَفَقَتُهَا ، وإن حَدَثَ بها شَيْءٌ من ذلك ، لم تَسْقُطْ نَفَقَتُهَا ؛ لأنَّ الاستِمْتاعَ مُمَكِّنٌ ، ولا تَفْرِيطُ من جَهَتِهَا . وإن مَنَعَ من الوطءِ ، ويفارقُ الصَّغِيرَةَ ، فإنَّ لها حَالًا يَتِمَكَّنُ من الاستِمْتاعِ بها فيها استِمْتاعًا تامًّا ، والظَّاهِرُ أَنَّهُ تَزَوَّجَهَا انتظارًا لتلك الحال ، بخِلَافِ هؤلاء ، ولذلك لو طَلَبَ تَسْلِيمَ هؤلاء وَجَبَ تَسْلِيمُهُنَّ ، ولو طَلَبَ تَسْلِيمَ الصَّغِيرَةِ لم يَجِبْ . فإن قيل : فلو بَدَلَتِ الصَّحِيحَةُ الاستِمْتاعَ بما دُونَ الوطءِ ، لم تَجِبْ لها النِّفَقَةُ ، فكذلك هؤلاء . قلنا : لأنَّ تلك مَنَعَتْ مِمَّا يَجِبُ عليها ، وهؤلاء لا يَجِبُ عليهنَّ التَّمَكُّينُ مِمَّا فيه ضَرَرٌ . فإن ادَّعَتْ أَنَّ عليها ضَرَرًا في وَطْئِهِ ؛ لضيقِ فَرْجِهَا ، أو قُرُوجِ به ، أو نحو ذلك ،^(٤) وأنْكَرَ هو^(٥) ، أَرِيَتْ امْرَأَةً ثِقَةً ، وعَمِلَ بقولِها . وإن ادَّعَتْ عِبَالَةَ ذَكَرِهِ وعِظَمَهُ ، جاز أن تَنْظُرَ المرأةُ إليهما حالَ اجتماعِهما ؛ لأنَّهُ مَوْضِعُ حَاجَةٍ ، ويجوزُ النَّظَرُ إلى العَوْرَةِ للحَاجَةِ والشَّهَادَةِ .

١٣٩٥ - مسألة ؛ قال : (وَإِنْ طَالَبَ الزَّوْجُ بِالْدُّخُولِ ، وَقَالَتْ : لَا أُسَلِّمُ نَفْسِي حَتَّى أَقْبِضَ صَدَاقِي . كَانَ ذَلِكَ لَهَا ، وَلَزِمَتْهُ النِّفَقَةُ إِلَى أَنْ يَدْفَعَ إِلَيْهَا صَدَاقَهَا)

(٣) في م : يمكن .

(٤-٥) في ا ، ب ، م : وأنكره .

وجملته ، أن للمرأة أن تمنع نفسها حتى تتسلم صداقها ؛ لأن تسليم نفسها قبل تسليم صداقها يُفضي إلى أن يستوفى منفعتها^(١) المعقود عليها بالوطء ، ثم لا يُسلم صداقها ، فلا يمكنها الرجوع فيما استوفى منها ، بخلاف المبيع إذا تسلمه المشتري ثم أعسر بالثمن ، فإنه يمكنه الرجوع فيه ، فلهذا الزمناه تسليم صداقها أولاً ، وجعلنا لها أن تمتنع من تسليم نفسها حتى تقبض صداقها ؛ لأنه إذا سلم إليها الصداق ثم امتنعت من تسليم نفسها ، أمكن الرجوع فيه ، فإذا ثبت هذا ، فمتى امتنعت من تسليم نفسها لتقبض صداقها ، فلها نفقتها^(٢) ؛ لأنها امتنعت بحق^(٣) . فإن قيل : فلو امتنعت لصغير أو مرضى ، لم يلزمه نفقتها . قلنا : الفرق بينهما أن امتناعها لمرضى لمعنى من جهتها ، وكذلك الامتناع للصغير ، وههنا الامتناع لمعنى من جهة الزوج ، وهو منعه لما وجب لها^(٤) عليه ، فأشبه ما لو تعذر الاستمتاع لصغير الزوج ، فإنه لا تسقط نفقتها عنه ، ولو تعذر لصغيرها ، لا يلزمه نفقتها .

فصل : إذا سافرت زوجته بغير إذنه ، سقطت نفقتها عنه ؛ لأنها ناشئ . وكذلك إن انتقلت من منزله بغير إذنه . وإن سافرت بإذنه ، في حاجته ، فهي على نفقتها ؛ لأنها سافرت في شغله ومراجه ، وإن كان في^(٥) حاجة نفسها ، سقطت نفقتها ؛ لأنها فوتت التمكين لحظ نفسها ، وقضاء حاجتها ، فأشبه ما لو استنظرته قبل الدخول مدة فأنظرها ، إلا أن يكون مسافراً معها ، متمكناً من استمتاعها ، فلا تسقط نفقتها ؛ لأنها لم تفوت التمكين ، فأشبهت غير المسافرة . ويحتمل أن لا تسقط نفقتها ، وإن لم يكن معها ؛ لأنها مسافرة بإذنه ، أشبه ما لو سافرت في حاجته ، وسواء كان سفرها لتجارة ، أو حج تطوع ، أو زيارة . ولو أحرمت بحج تطوع بغير إذنه ، سقطت نفقتها ؛ لأنها في معنى المسافرة . وإن أحرمت به بإذنه ، فقال القاضي : لها النفقة .

(١) سقط من : ب .

(٢) في ا : النفقة .

(٣) في ب ، م : الحق .

(٤) في م : لما .

(٥) سقط من : م .

والصَّحِيحُ أَنَّهَا كَالْمُسَافِرَةِ ؛ لِأَنَّهَا بِإِحْرَامِهَا مَانِعَةٌ لَهُ مِنَ التَّمَكُّينِ ، فَهِيَ كَالْمُسَافِرَةِ لِحَاجَةِ نَفْسِهَا ، عَلَى مَا ذَكَرْنَاهُ . وَإِنْ أُحْرِمَتْ بِالْحُجِّ الْوَاجِبِ ، أَوِ الْعُمْرَةِ الْوَاجِبَةِ ، فِي الْوَقْتِ الْوَاجِبِ ، مِنَ الْمِيقَاتِ ، فَلَهَا النِّفْقَةُ ؛ لِأَنَّهَا فَعَلَتْ الْوَاجِبَ عَلَيْهَا بِأَصْلِ الشَّرْعِ فِي وَقْتِهِ ، فَلَمْ تَسْقُطْ نَفَقَتُهَا ، كَمَا لَوْ صَامَتْ رَمَضَانَ . وَإِنْ قَدَمَتْ الْإِحْرَامَ عَلَى الْمِيقَاتِ ، أَوْ قَبْلَ الْوَقْتِ ، خُرِّجَ فِيهَا مِنَ الْقَوْلِ مَا فِي الْمُحْرِمَةِ بِحُجِّ التَّطَوُّعِ ؛ لِأَنَّهَا فَوَّتَتْ عَلَيْهِ التَّمَكُّينَ بِشَيْءٍ مُسْتَعْنَى ^(٦) عَنْهُ .

فصل : فَإِنْ اعْتَكَفَتْ ، فَالْقِيَاسُ أَنَّهُ كَسَفَرِهَا ، إِنْ كَانَ بغيرِ إِذْنِهِ فَهِيَ نَاشِئٌ ؛ لَخُرُوجِهَا مِنْ مَنْزِلِ زَوْجِهَا ^(٧) بِغَيْرِ إِذْنِهِ ^(٨) فِيمَا لَيْسَ بِوَاجِبٍ بِأَصْلِ الشَّرْعِ ، وَإِنْ كَانَ بِإِذْنِهِ ، فَلَا نَفْقَةَ لَهَا فِي ^(٩) قَوْلِ الْخَرَقِيِّ . وَقَالَ الْقَاضِي : لَهَا النِّفْقَةُ . وَإِنْ صَامَتْ رَمَضَانَ ، / لَمْ تَسْقُطْ نَفَقَتُهَا ؛ لِأَنَّهُ وَاجِبٌ مُضَيَّقٌ بِأَصْلِ الشَّرْعِ ، لَا يَمْلِكُ مَنَعُهَا مِنْهُ ، فَلَمْ تَسْقُطْ نَفَقَتُهَا ، كَالصَّلَاةِ ، وَلَئِنْ يَكُونُ صَائِمًا مَعَهَا ، فَيَمْتَنِعُ الْاسْتِمْتَاعُ لِمَعْنَى وَجَدَ فِيهِ ، وَإِنْ كَانَ تَطَوُّعًا ، لَمْ تَسْقُطْ نَفَقَتُهَا ؛ لِأَنَّهَا لَمْ تَخْرُجْ عَنْ قَبْضَتِهِ ^(٩) ، وَلَمْ تَأْتِ بِمَا يَمْنَعُهُ مِنَ الْاسْتِمْتَاعِ بِهَا ، فَإِنَّهُ يُمَكِّنُهُ تَفْطِيرُهَا وَوُطُوءُهَا ، فَإِنْ أَرَادَ ذَلِكَ مِنْهَا فَمَنْعَتْهُ ^(١٠) ، سَقَطَتْ نَفَقَتُهَا بِامْتِنَاعِهَا مِنَ التَّمَكُّينِ الْوَاجِبِ . وَإِنْ كَانَ صَوْمًا مَنذُورًا مُعْلَقًا بِوَقْتٍ مُعَيَّنٍ ، فَقَالَ الْقَاضِي : لَهَا النِّفْقَةُ ؛ لِأَنَّ أَحْمَدَ نَصَّ عَلَى أَنَّهُ لَيْسَ لَهُ مَنَعُهَا . وَيَحْتَمِلُ أَنَّهُ إِنْ كَانَ نَذَرُهَا قَبْلَ النِّكَاحِ ، أَوْ كَانَ النَّذْرُ بِإِذْنِهِ ، لَمْ تَسْقُطْ نَفَقَتُهَا ؛ لِأَنَّهُ كَانَ وَاجِبًا عَلَيْهَا بِحَقِّ سَابِقٍ عَلَى نِكَاحِهِ ، أَوْ وَاجِبٍ أَذِنَ فِي سَبَبِهِ ، وَإِنْ كَانَ النَّذْرُ فِي نِكَاحِهِ بِغَيْرِ إِذْنِهِ ، فَلَا نَفْقَةَ لَهَا ؛ لِأَنَّهَا فَوَّتَتْ عَلَيْهِ حَقَّهُ مِنَ الْاسْتِمْتَاعِ بِاخْتِيَارِهَا بِالنَّذْرِ الَّذِي لَمْ يُوجِبْهُ ^(١١)

(٦) فِي ١ : « يَسْتَعْنَى » .

(٧-٧) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلُ .

(٨) فِي ب ، م : « عَلَى » .

(٩) فِي ١ ، م : « قَبْضُهُ » .

(١٠) فِي م زِيَادَةٌ : « نَفْسُهَا » .

(١١) فِي ب : « يُوجِبُ » .

الشرع عليها ، ولا ندبها إليه . وإن كان النذر مطلقاً ، أو كان صوم كفارة ، فصامت بإذنه ، فلها النفقة ؛ لأنها أدت الواجب بإذنه ، فأشبه ما لو صامت المعين في وقته ، وإن صامت بغير إذنه ، فقال القاضي : لا نفقة لها ؛ لأنها يُمكنها تأخيرهُ ، فإنه على التراخي ، وحق الزوج على الفور . وإن كان قضاء رمضان قبل ضيق وقته ، فكذلك ، وإن كان وقته مضيقاً ، مثل أن قرب رمضان الآخر ، فعليه نفقتها ؛ لأنه واجب مضيق بأصل الشرع ، أشبه أداء رمضان .

١٣٩٦ - مسألة ؛ قال : (وإذا طلق الرجل زوجته طلاقاً لا يملك فيه الرجعة ، فلا سُكنى لها ، ولا نفقة ، إلا أن تكون حاملاً)

«وجملة الأمر»^(١) ، أن الرجل إذا طلق امرأته طلاقاً بائناً ، فإما أن يكون ثلاثاً ، أو بخلع ، أو بآث بفسخ ، وكانت حاملاً فلها النفقة والسكنى ، بإجماع أهل العلم ؛ لقول الله تعالى : ﴿ أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنْتُمْ مِنْ وَجْدِكُمْ وَلَا تُضَارُوهُنَّ لِتُضَيِّقُوا عَلَيْهِنَّ وَإِنْ كُنَّ أُولَئِ حَمِيلٍ فَأَنْفِقُوا عَلَيْهِنَّ حَتَّى يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ ﴾^(٢) . وفي بعض أخبار فاطمة بنت قيس : لا نفقة لك إلا أن تكوني حاملاً^(٣) . ولأن الحمل ولده ، فيلزمه الإنفاق عليه ، ولا يُمكنه النفقة^(٤) عليه ، إلا بالإئفاق^(٥) عليها ، فوجب ، كما^(٦) وجبت أجره الرضاع . وإن كانت حائلاً ، فلا نفقة لها . وفي السكنى روايتان ؛ إحداهما ، لها

(١-١) في ١ : « وجملته » .

(٢) سورة الطلاق ٦ .

(٣) تقدم تخريج قصة فاطمة بنت قيس ، في : ٦ / ٣٠٧ ، ٩ / ٥٦٧ .

وهذا اللفظ أخرجه مسلم ، في : باب المطلقة ثلاثاً لا نفقة لها ، من كتاب الطلاق . صحيح مسلم ١١١٧ / ٢ .

وأبو داود ، في : باب في نفقة المبتوتة ، من كتاب الطلاق . سنن أبي داود ١ / ٥٣٣ . والإمام أحمد ، في : المسند

٤١٤ / ٤١٥ .

(٤) في ١ : « الإنفاق » .

(٥) في ١ : « النفقة » .

(٦) في ب زيادة : « لو » .

ذلك . وهو قولُ عمرَ ، وأبْنِه ، وابنِ مسعودٍ ، وعائشةُ ، وفُقهاءُ المدينةِ السَّبعة ، ومالكٍ ، والشافعيُّ ؛ / للآية . والرواية الثانية ، لا سُكُنِيَ لها ، ولا نفقة . وهى ظاهرُ ٢٠٠/٨ ظ

المَذْهَبِ ، وقولُ (٧) عليٍّ ، وابنِ عباسٍ ، وجابرٍ ، وعطاءٍ ، وطائوسٍ ، والحسينِ ، وعكرمةَ ، ومَيْمُونِ بنِ مِهْرَانَ ، وإسحاقَ ، وأبى ثَوْرٍ ، ودَاوُدَ . وقال أكثرُ الفُقهاءِ العِراقِيِّينَ : لها السُّكْنَى والنَّفَقَةُ . وبه قال ابنُ شُبْرُمَةَ ، وابنُ أبى لَيْلَى ، والثَّوْرِيُّ ، والحَسَنُ بنُ صالحٍ ، وأبو حنيفةَ وأصحابُه ، وأبَتِيُّ ، والعَنْبَرِيُّ ؛ لأنَّ ذلك يُروى عن عمرَ ، وابنِ مسعودٍ . ولأنَّها مُطَلَّقةٌ ، فَوَجَبَتْ لها النَّفَقَةُ والسُّكْنَى ، كالرَّجْعِيَّةِ . وردُّوا خَبَرَ فاطمةَ بنتِ قيسٍ بما رُوِيَ عن عمرَ ، أنَّه قال : لا نَدْعُ كِتَابَ رَبِّنا ، وَسُنَّةَ نَبِيِّنا ، لقولِ امرأةٍ (٨) . وأنكرته عائشةُ ، وسعيدُ بنُ المُسَيَّبِ ، وتَأَوَّلُوهُ . ولنا ، ما رَوَتْ فاطمةُ بنتُ قيسٍ ، أنَّ زَوْجَها طَلَّقَها البَتَّةَ وهو غائبٌ ، فأرْسَلَ إليها وَكِيلَه بشَعييرٍ ، فَتَسَخَّطَتْهُ (٩) ، فقال : والله مالِكٌ عَلَيْنَا مِنْ شَيْءٍ . فجاءَتْ رَسولَ اللَّهِ ﷺ فَذَكَرَتْ (١٠) ذلكَ لَه ، فقال : « لَيْسَ لَكَ (١١) عَلَيْهِ نَفَقَةٌ وَلَا سُكْنَى » . فَأَمَرَهَا أَنْ تَعْتَدَ فِي بَيْتِ أُمِّ شَرِيكِ . مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ (١٢) . وفي لَفْظٍ : فقال رَسولُ اللَّهِ ﷺ : « انْظُرِي يَا ابْنَةَ قَيْسٍ ، إِنَّمَا النَّفَقَةُ لِلْمَرْأَةِ عَلَى زَوْجِها مَا كَانَتْ لَهُ عَلَيْها الرَّجْعَةُ ، فَإِذَا لَمْ يَكُنْ لَهُ عَلَيْها الرَّجْعَةُ ، فَلَا نَفَقَةَ (١٣) وَلَا سُكْنَى » . رواه الإمامُ أَحْمَدُ ، والأَثَرُمُ ، والحُمَيْدِيُّ ، وَغَيْرُهُمْ (١٤) . قال ابنُ عبدِ البرِّ : من طَرِيقِ الحُجَّةِ وما يُلْزَمُ مِنْها ، قولُ أَحْمَدَ ابنِ حَنْبَلٍ

(٧) في ب : « وهو قول » .

(٨) تقدم في صفحة ٣٠١ .

(٩) في ١ ، م : « فسخطته » .

(١٠) في م : « تذكره » .

(١١) سقط من : ١ .

(١٢) تقدم تخريجه ، في : ٣٠٧/٦ ، ٥٦٧/٩ .

(١٣) في الزيادة : « لها » .

(١٤) تقدم تخريجه ، في صفحة ٣٠٢ .

وَمَنْ تَابَعَهُ أَصَحُّ وَأَحْجُّ ؛ لِأَنَّهُ ثَبَتَ عَنِ النَّبِيِّ ﷺ نَصًّا صَرِيحًا ، فَأَيُّ شَيْءٍ يُعَارِضُ هَذَا إِلَّا
 مِثْلُهُ عَنِ النَّبِيِّ ﷺ ، الَّذِي ^(١٥) هُوَ الْمُبَيِّنُ عَنِ اللَّهِ مُرَادَهُ ؟ وَلَا شَيْءٌ يَدْفَعُ ذَلِكَ . وَمَعْلُومٌ
 أَنَّهُ أَعْلَمُ بِتَأْوِيلِ قَوْلِ اللَّهِ تَعَالَى : ﴿ أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنْتُمْ مِنْ وَجْدِكُمْ ﴾ . وَأَمَّا
 قَوْلُ عُمَرَ ، وَمَنْ وَافَقَهُ ، فَقَدْ خَالَفَهُ عَلِيُّ وَابْنُ عَبَّاسٍ ، وَمَنْ وَافَقَهُمَا ، وَالْحُجَّةُ مَعَهُمْ ،
 وَلَوْ لَمْ يُخَالَفَهُ أَحَدٌ مِنْهُمْ ، لَمَّا قَبِلَ قَوْلُهُ الْمُخَالَفُ لِقَوْلِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ ، فَإِنَّ قَوْلَ رَسُولِ اللَّهِ
 ﷺ حُجَّةٌ عَلَى عُمَرَ وَعَلَى غَيْرِهِ ، وَلَمْ يَصِحَّ عَنْ عُمَرَ أَنَّهُ قَالَ : لَا نَدْعُ كِتَابَ رَبِّنَا ، وَسُنَّةَ
 نَبِيِّنَا ، لِقَوْلِ امْرَأَةٍ . فَإِنَّ ^(١٦) أَحْمَدَ أَنْكَرَهُ ، وَقَالَ : أَمَّا هَذَا فَلَا ، وَلَكِنْ قَالَ : لَا نَقْبَلُ فِي
 دِينِنَا قَوْلَ امْرَأَةٍ . وَهَذَا أَمْرٌ يُرَدُّهُ ^(١٧) الْإِجْمَاعُ عَلَى قَبُولِ قَوْلِ الْمَرْأَةِ فِي الرِّوَايَةِ ، فَأَيُّ حُجَّةٍ
 فِي شَيْءٍ يُخَالَفُهُ الْإِجْمَاعُ ، وَتُرَدُّهُ السُّنَّةُ ، وَيُخَالَفُهُ فِيهِ عُلَمَاءُ الصَّحَابَةِ . قَالَ إِسْمَاعِيلُ
 ابْنُ إِسْحَاقَ : نَحْنُ نَعْلَمُ أَنَّ / عُمَرَ لَا يَقُولُ : لَا نَدْعُ كِتَابَ رَبِّنَا إِلَّا مَا هُوَ مَوْجُودٌ فِي
 كِتَابِ اللَّهِ . وَالَّذِي فِي الْكِتَابِ أَنَّ لَهَا النِّفْقَةَ إِذَا كَانَتْ حَامِلًا ، بِقَوْلِهِ سُبْحَانَهُ : ﴿ وَإِنْ
 كُنَّ أُولَاتٍ حَمْلٌ فَأَنْفِقُوا عَلَيْهِنَّ حَتَّى يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ ﴾ . وَأَمَّا غَيْرُ ذَوَاتِ الْحَمْلِ ^(١٨) فَلَا
 يَدُلُّ ^(١٩) الْكِتَابُ إِلَّا عَلَى ^(٢٠) أَنَّهُنَّ لَا نَفْقَةَ لَهُنَّ ؛ لِاشْتِرَاطِهِ ^(٢١) الْحَمْلَ فِي الْأَمْرِ
 بِالْإِنْفَاقِ . وَقَدْ رَوَى أَبُو دَاوُدَ ، وَغَيْرُهُ مِنَ الْأَثَمَةِ ، بِإِسْنَادِهِمْ عَنْ ابْنِ عَبَّاسٍ ، قَالَ :
 فَفَرَّقَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ بَيْنَهُمَا — يَعْنِي الْمُتَلَاعِنَيْنِ — وَقَضَى أَنْ لَا يَبْتَئَ لَهَا عَلَيْهِ وَلَا
 قُوَّةٌ ^(٢٢) . وَلَأنَّ هَذِهِ مُحَرَّمَةٌ عَلَيْهِ تَحْرِيمًا لَا تُزِيلُهُ الرَّجْعَةُ ، فَلَمْ يَكُنْ لَهَا سُكْنَى وَلَا نَفْقَةٌ ،
 كَالْمُلَاعِنَةِ أَوْ كَالْأَجْنَبِيَّةِ ، وَفَارَقَتِ الرَّجْعِيَّةَ فِي ذَلِكَ . وَأَمَّا الرَّجْعِيَّةُ ، فَلَهَا السُّكْنَى
 وَالنَّفْقَةُ ؛ لِلآيَةِ وَالْخَبَرِ وَالْإِجْمَاعِ ، وَلَأنَّهَا زَوْجَةٌ يُلْحَقُهَا طَلَاقُهُ وَظَهَارُهُ وَإِبْلَاؤُهُ .

(١٥) سقط من : ب .

(١٦) في ١ : لأن .

(١٧) في ب : رده .

(١٨-١٩) في ١ : فيدل .

(١٩) كشطت من : ١ .

(٢٠) في ١ : لا اشتراط .

(٢١) تقدم تخريجه ، في : ٣٧٣/٨ .

فصل : فأما المُلَاعِنَةُ فلا سُكْنَى لها ، ولا نفقة ، إن كانت غيرَ حَامِلٍ ، للخبر . وكذلك إن كانت حَامِلًا نَفَى حَمْلُهَا ، وَقُلْنَا : إِنَّهُ يَنْتَفَى ^(٢٢) عنه . أَوْ قُلْنَا : إِنَّهُ يَنْتَفَى ^(٢٢) بزَوَالِ الْفِرَاشِ . وَإِنْ قُلْنَا : لَا يَنْتَفَى بِنَفْسِهِ . أَوْ لَمْ يَنْتَفِ ، وَقُلْنَا : إِنَّهُ يَلْحَقُهُ نَسَبُهُ . فَلَهَا السُّكْنَى وَالنَّفَقَةُ ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ لِلْحَمْلِ ، أَوْ لَهَا بِسَبَبِهِ ، وَهُوَ مَوْجُودٌ ^(٢٣) ، فَأَشْبَهَتْ الْمُطَلَّقةَ الْبَائِنَ . فَإِنْ نَفَى الْحَمْلَ ، فَأَنْفَقَتْ أُمُّهُ ، وَسَكَنْتْ مِنْ غَيْرِ الزَّوْجِ ، وَأَرْضَعَتْ ، ثُمَّ اسْتَلْحَقَهُ الْمُلاعِنُ ، لِحَقِّهِ ، وَلَزِمَتْهُ النَّفَقَةُ وَأُجْرَةُ ^(٢٤) الْمَسْكَنِ وَالرَّضَاعِ ؛ لِأَنَّهَا فَعَلَتْ ذَلِكَ عَلَى أَنَّهُ لَا أَبَ لَهُ ، فَإِذَا ثَبَّتَ لَهُ أَبٌ ، لَزِمَهُ ذَلِكَ ، وَرُجِعَ بِهِ عَلَيْهِ . فَإِنْ قِيلَ : النَّفَقَةُ لِأَجْلِ الْحَمْلِ نَفَقَةُ الْأَقَارِبِ ، وَهِيَ تَسْقُطُ بِمُضِيِّ الزَّمَانِ ، فَكَيْفَ تَرْجِعُ عَلَيْهِ بِمَا يَسْقُطُ عَنْهُ ؟ قُلْنَا : بَلِ النَّفَقَةُ لِلْحَامِلِ مِنْ أَجْلِ الْحَمْلِ ، فَلَا تَسْقُطُ ، كَنَفَقَتِهَا فِي الْحَيَاةِ ، وَإِنْ سَلَّمْنَا أَنَّهَا لِلْحَمْلِ ^(٢٥) ، إِلَّا أَنَّهَا مَصْرُوفَةٌ إِلَيْهَا ، وَيَتَعَلَّقُ بِهَا حَقُّهَا ، فَلَا تَسْقُطُ بِمُضِيِّ الزَّمَانِ ، كَنَفَقَتِهَا .

فصل : فأما الْمُعْتَدَّةُ مِنَ الْوَفَاةِ ، فَإِنْ كَانَتْ حَائِلًا ، فَلَا سُكْنَى لَهَا وَلَا نَفَقَةُ ؛ لِأَنَّ النِّكَاحَ قَدْ زَالَ بِالْمَوْتِ ، وَإِنْ كَانَتْ حَامِلًا ، فَفِيهَا رِوَايَتَانِ ؛ إِحْدَاهُمَا ، لَهَا السُّكْنَى وَالنَّفَقَةُ ؛ لِأَنَّهَا حَامِلٌ مِنْ زَوْجِهَا ، فَكَانَتْ لَهَا السُّكْنَى وَالنَّفَقَةُ ، كَالْمُفَارِقَةِ فِي الْحَيَاةِ . وَالثَّانِيَةِ ، لَا سُكْنَى لَهَا وَلَا نَفَقَةُ ؛ لِأَنَّ الْمَالَ قَدْ صَارَ لِلْوَرَثَةِ ، وَنَفَقَةُ الْحَامِلِ وَسُكْنَاهَا إِنَّمَا هُوَ لِلْحَمْلِ أَوْ مِنْ أَجْلِهِ ، وَلَا يَلْزَمُ ذَلِكَ الْوَرَثَةُ ؛ لِأَنَّهُ إِنْ كَانَ لِلْمَيِّتِ / مِيرَاثٌ ، فَنَفَقَةُ الْحَمْلِ مِنْ نَصِيبِهِ ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ مِيرَاثٌ ، لَمْ يَلْزَمْ وَارِثُ الْمَيِّتِ الْإِثْفَاقُ عَلَى حَمْلِ امْرَأَتِهِ ، كَمَا بَعْدَ الْوِلَادَةِ . قَالَ الْقَاضِي : وَهَذِهِ الرِّوَايَةُ أَصَحُّ .

فصل : وَهَلْ تُجِبُّ نَفَقَةُ الْحَمْلِ ^(٢٦) لِلْحَامِلِ مِنْ أَجْلِ الْحَمْلِ أَوْ لِلْحَمْلِ ، فِيهِ

(٢٢-٢٢) سقط من : م .

(٢٣) فِي الْأَصْلِ ، ب ، م : « مَوْجُودَةٌ » .

(٢٤) فِي أ ، ب ، م : « وَأُجْرَةُ » .

(٢٥) فِي الْأَصْلِ : « بِحَمْلٍ » .

(٢٦) سقط من : أ .

رَوَاتَانِ ؛ إِحْدَاهُمَا : تَجِبُ لِلْحَمْلِ . اخْتَارَهَا أَبُو بَكْرٍ ؛ لِأَنَّهَا تَجِبُ بِوُجُودِهِ ، وَتَسْقُطُ عِنْدَ انْفِصَالِهِ ، فَذَلَّ عَلَى أَنَّهَا لَهُ . وَالثَّانِيَّةُ ، تَجِبُ لَهَا مِنْ أَجْلِهِ ؛ لِأَنَّهَا تَجِبُ مَعَ الْيَسَارِ وَالْإِعْسَارِ ، فَكَانَتْ لَهُ كَنْفَقَةِ الزَّوْجَاتِ ، وَلِأَنَّهَا لَا تَسْقُطُ بِمُضِيِّ الزَّمَانِ ، فَأَشْبَهَتْ نَفَقَتَهَا فِي حَيَاتِهِ . وَلِلشَافِعِيِّ قَوْلَانِ ، كَالرَّوَاتَيْنِ . وَيَنْبِئُ عَلَى هَذَا الْاِخْتِلَافِ فُرُوعٌ ؛ مِنْهَا ، أَنَّهَا إِذَا كَانَتْ الْمُطَلَّقةُ الْحَامِلُ^(٢٧) أُمَةً ، وَقُلْنَا : النَّفَقَةُ لِلْحَمْلِ . فَتَفَقَّتْهَا عَلَى سَيِّدِهَا ؛ لِأَنَّهُ مِلْكُهُ . وَإِنْ قُلْنَا : لَهَا . فَعَلَى الزَّوْجِ ؛ لِأَنَّ نَفَقَتَهَا عَلَيْهِ . وَإِنْ كَانَ الزَّوْجُ عَبْدًا ، وَقُلْنَا : هِيَ لِلْحَمْلِ . فَلَيْسَ عَلَيْهِ نَفَقَةٌ^(٢٨) ؛ لِأَنَّهُ لَا تَلْزَمُهُ نَفَقَةُ وَلَدِهِ . وَإِنْ قُلْنَا : لَهَا . فَالنَّفَقَةُ عَلَيْهِ ؛ لِمَا ذَكَرْنَاهُ . وَإِنْ كَانَتْ حَامِلًا مِنْ نِكَاحٍ فَاسِدٍ ، أَوْ وَطْءٍ شُبْهَةٍ ، وَقُلْنَا : النَّفَقَةُ لِلْحَمْلِ . فَعَلَى الزَّوْجِ وَالْوِطْءِ ؛ لِأَنَّهُ وَلَدُهُ ، فَلَزِمَتْهُ نَفَقَتُهُ كَمَا بَعْدَ الْوَضْعِ . وَإِنْ قُلْنَا : لِلْحَامِلِ . فَلَا نَفَقَةَ عَلَيْهِ^(٢٩) ؛ لِأَنَّهَا لَيْسَتْ زَوْجَةً يَجِبُ الْإِثْفَاقُ عَلَيْهَا . وَإِنْ نَشَرَتْ امْرَأَةً إِنْسَانٍ ، وَهِيَ حَامِلٌ ، وَقُلْنَا : النَّفَقَةُ لِلْحَمْلِ . لَمْ تَسْقُطْ نَفَقَتُهَا ؛ لِأَنَّ نَفَقَةَ وَلَدِهِ لَا تَسْقُطُ بِنُشُوزِ أُمِّهِ . وَإِنْ قُلْنَا : لَهَا . فَلَا نَفَقَةَ لَهَا ؛ لِأَنَّهَا نَاشِئٌ .

فصل : وَيَلْزَمُ الزَّوْجَ دَفْعُ نَفَقَةِ الْحَامِلِ الْمُطَلَّقةِ إِلَيْهَا يَوْمًا فَيَوْمًا ، كَمَا يَلْزَمُهُ دَفْعُ نَفَقَةِ الرَّجْعِيَّةِ . وَقَالَ الشَّافِعِيُّ ، فِي أَحَدِ قَوْلَيْهِ : لَا يَلْزَمُهُ دَفْعُهَا إِلَيْهَا حَتَّى تَضَعَ ؛ لِأَنَّ الْحَمْلَ غَيْرُ مُتَحَقِّقٍ ، وَلِهَذَا : أَوْقَفْنَا^(٣٠) الْمِيرَاثَ . وَهَذَا خِلَافُ قَوْلِ اللَّهِ تَعَالَى : ﴿ وَإِنْ كُنْ أُولَتْ حَمْلٍ فَأَنْفِقُوا عَلَيْهِنَّ حَتَّى يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ ﴾ . وَلِأَنَّهَا مَحْكُومٌ لَهَا بِالنَّفَقَةِ ، فَوَجَبَ دَفْعُهَا إِلَيْهَا ، كَالرَّجْعِيَّةِ . وَمَا ذَكَرَهُ^(٣١) غَيْرُ صَحِيحٌ ؛ فَإِنَّ الْحَمْلَ يَثْبُتُ بِالْأُمَارَاتِ ، وَتَثْبُتُ أَحْكَامُهُ فِي^(٣٢) النِّكَاحِ ، وَالْحَدِّ ، وَالْقِصَاصِ ، وَفَسْخِ الْبَيْعِ فِي الْجَارِيَةِ

(٢٧) سقط من : ب .

(٢٨) في م : « نفقته » .

(٢٩) في ب ، م : « عليها » .

(٣٠) في ا ، ب ، م : « وقفنا » .

(٣١) في ا ، ب ، م : « ذكره » .

(٣٢) في الأصل ، ا : « فيه » .

المبيعة ، والمنع من الأخذ في (٣٣) الزكاة ، ووجوب الدفع في الدية ، فهو كالمتحقق ، ولا يشبه هذا الميراث ؛ فإن كان (٣٤) الميراث لا يثبت (٣٥) بمجرد الحمل ، فإنه يشترط له الوضع والاستهلال بعد الوضع ، ولا يوجد ذلك قبله ، ولأننا لا نعلم صفة الحمل وقدره ووجود / شرط (٣٦) توريثه ، بخلاف (٣٧) مسألتنا ، فإن النفقة تجب بمجرد الحمل ، ولا تختلف باختلافه ، فإذا ثبت هذا ، فمتى ادعت الحمل فصداقها ، دفع إليها ، فإن كان حاملاً ، فقد استوفت حقها ، وإن بان أنها ليست حاملاً ، رجع عليها ، سواء دفع (٣٨) إليها بحكم الحاكم أو بغيره ، وسواء شرط (٣٩) أنها نفقة أو لم يشترط . وعنه : لا يرجع . والصحيح أنه يرجع ؛ لأنه دفعه على أنه واجب ، فإذا بان أنه ليس بواجب ، استرجعه ، كما لو قضاها ديناً ، فبان أنه لم يكن عليه دين . وإن أنكر حملها ، نظر النساء الثقات ، فرجع إلى قولهن ، (٤٠) «ويقبل قول المرأة» (٤١) الواحدة إذا كانت من أهل الخبرة والعدالة ؛ لأنها شهادة على ما لا يطلع عليه الرجال ، أشبه الرضاع ، وقد ثبت الأصل بالخبر .

فصل : ولا تجب النفقة على الزوج في النكاح الفاسد ؛ لأنه ليس بينهما نكاح صحيح ، فإن طلقها أو فرق بينهما قبل الوطء ، فلا عدة عليها ، وإن كان بعد الوطء ، فعليها العدة ، ولا نفقة لها ولا سكنى ، إن كانت حائلاً ؛ لأنه إذا لم يجب (٤٢) ذلك قبل التفريق ، فبعده أولى ، وإن كانت حاملاً ، فعلى ما ذكرنا من قبل ؛ فإن قلنا : لها النفقة

(٣٣) في م زيادة : « منع » .

(٣٤) سقط من : ا ، ب ، م .

(٣٥) في ا ، ب ، م زيادة : « إلا » .

(٣٦) سقط من : م . وفي ا ، ب : « شرطه » .

(٣٧) في الأصل : « لخلاف » .

(٣٨) في ا : « دفعه » .

(٣٩) في ا : « شرطاً » .

(٤٠-٤١) في ا : « فيقبل قولهن » .

(٤١) في ب : « يجوز » .

إذا كانت حاملاً . فلها ذلك قبل التفريق ؛ لأنه إذا وجب بعد التفريق ، فقبله أولى . ومتى أنفق عليها قبل مفارقتها أو بعدها ، لم يرجع عليها بشيء^(٤٢) ؛ لأنه إن كان عالماً بعدم الوجوب ، فهو متطوِّع به ، وإن لم يكن عالماً فهو مفرط ، فلم يرجع به^(٤٣) ، كما لو أنفق على أجنبية . وكلُّ معتدَّة من الوطء في غير نكاح صحيح ، كالموطوءة بشبهة وغيرها ، إن كان يلحق الواطئ نسب ولدها ، فهي كالموطوءة في النكاح الفاسد ، وإن كان لا يلحقه نسب ولدها ، كالزاني ، فليس عليه نفقتها ، حاملاً كانت أو حائلاً ؛ لأنه لا نكاح بينهما ، ولا بينهما ولد يُنسب إليه .

١٣٩٧ - مسألة ؛ قال : (وإذا خالعت المرأة زوجها ، وأبرأته من حملها ، لم يكن لها نفقة ، ولا للولد ، حتى تفيطمه)

أما إذا خالعت ولم تُبرئه من حملها ، فلها النفقة ، كما لو طلقها ثلاثاً وهي حامل ؛ لأنَّ الحمل ولده ، فعليه نفقته ، وإن أبرأته من الحمل عوضاً في الخلع ، صحَّ ، سواء كان العوض كله أو بعضه ، وقد ذكرناه في الخلع^(١) ، ويبرأ حتى^(٢) تفيطمه ، إذا كانت قد ظ ٢٠٢/٨ أبرأته من نفقة الحمل وكفالة الولد إلى ذلك ، أو أطلقت / البراءة من نفقة الحمل وكفالاته ؛ لأنَّ البراءة المطلقة تنصرف إلى المدة التي تستحق المرأة العوض عليه فيها ، وهي مدة الحمل والرضاع ، لأنَّ المطلق إذا كان له عُرف ، انصرف إلى العُرف . وإن اختلفا في مدة الرضاع ، انصرف إلى حولين ؛ لقوله سبحانه : ﴿ وَفِصَالُهُ فِي عَامَيْنِ ﴾^(٤) . وقال تعالى : ﴿ وَالْوِلْدَاتُ يُرْضَعْنَ أَوْلَدَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ

(٤٢) سقط من : م .

(٤٣) سقط من : الأصل .

(١) تقدم في : ٢٨٤/١٠ .

(٢) في ب ، م : « حين » .

(٣) في الأصل : « طلبت » .

(٤) سورة لقمان ١٤ .

أَنْ يُتِمَّ الرِّضَاعَةَ ﴿٥﴾ . ثم قال : ﴿ فَإِنْ أَرَادَا فِصَالًا عَنْ تَرَاضٍ مِنْهُمَا وَتَشَاوُرٍ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا ﴾ ﴿٥﴾ . فدلَّ على أنَّه لا يجوزُ فِصَالُهُ قَبْلَ الْعَامَيْنِ ^(٦) إِلَّا بِتَرَاضٍ مِنْهُمَا وَتَشَاوُرٍ . وإن قَدَّرَا مُدَّةَ الْبَرَاءَةِ بِزَمَنِ الْحَمْلِ ، أو بِعَامٍ ، أو نَحْوِ ذَلِكَ ، فهو على مَا قَدَّرَاهُ ، وهو أَحْسَنُ ؛ لِأَنَّهُ أَقْطَعُ لِلنِّزَاجِ ، وَأَبْعَدُ مِنَ اللَّبْسِ وَالِاشْتِبَاهِ . ولو أَبْرَأْتَهُ مِنْ نَفَقَةِ الْحَمْلِ ، انصَرَفَ ذَلِكَ إِلَى زَمَنِ الْحَمْلِ قَبْلَ وَضْعِهِ . قال القاضي : إِنَّمَا صَحَّ مُخَالَعَتُهَا عَلَى نَفَقَةِ الْوَلَدِ ، وَهِيَ لِلْوَلَدِ دُونَهَا ؛ لِأَنَّهَا فِي حُكْمِ الْمَالِكَةِ لَهَا ، لِأَنَّهَا هِيَ الْقَابِضَةُ لَهَا ، الْمُسْتَحِقَّةُ لَهَا ^(٧) ، الْمُتَصَرِّفَةُ فِيهَا ، فَإِنَّهَا فِي مُدَّةِ الْحَمْلِ هِيَ الْآكِلَةُ لَهَا ^(٨) ، الْمُتَنَفِّعَةُ بِهَا ، وَبَعْدَ الْوِلَادَةِ هِيَ أَجْرُ رِضَاعِهَا لَهَا ^(٩) ، وَهِيَ الْآخِذَةُ لَهَا ، الْمُتَصَرِّفَةُ فِيهَا أَيْضًا ، فَصَارَتْ كَمِلْكٍ مِنْ أَمْلَاكِهَا ، فَصَحَّ جَعْلُهَا عَوَضًا . فَأَمَّا النِّفَقَةُ الزَّائِدَةُ عَلَى هَذَا ، مِنْ كُسُورَةِ الطِّفْلِ وَذُهُنِهِ ، وَنَحْوِ ذَلِكَ فَلَا يَصِحُّ أَنْ يُعَاوَضَ بِهِ فِي الْخُلْعِ ، لِأَنَّهُ لَيْسَ هُوَ لَهَا ، وَلَا هُوَ فِي حُكْمِ مَا هُوَ لَهَا .

١٣٩٨ - مسألة ؛ قال : (وَالنَّاشِزُ لَا نَفَقَةَ لَهَا ، فَإِنْ كَانَ لَهَا مِنْهُ وَلَدٌ ، أُعْطِيَتْهَا نَفَقَةُ وَلَدِهَا)

معنى النَّاشِزِ مَعْصِيَتُهَا لَزَوْجِهَا فِيمَا لَهُ عَلَيْهَا ، مِمَّا أَوْجَبَهُ لَهُ ^(١) النِّكَاحُ ^(٢) ، وَأَصْلُهُ مِنَ الارتفاعِ ، مَاخُودٌ مِنَ النَّشْرِ ، وَهُوَ الْمَكَانُ الْمُرتَفِعُ ، فَكَأَنَّ النَّاشِزَ ارْتَفَعَتْ عَنْ طَاعَةِ زَوْجِهَا ، فَسُمِّيَتْ نَاشِزًا . فَمَتَى امْتَنَعَتْ مِنْ فِرَاشِهِ ، أَوْ خَرَجَتْ مِنْ مَنْزِلِهِ بِغَيْرِ إِذْنِهِ ، أَوْ امْتَنَعَتْ مِنَ الْإِثْقَالِ مَعَهُ إِلَى مَسْكَنِ مِثْلِهَا ، أَوْ مِنَ السَّفَرِ مَعَهُ ، فَلَا نَفَقَةَ لَهَا وَلَا

(٥) سورة البقرة ٢٣٣ .

(٦) في الأصل : ١ : « الحولين » .

(٧) سقط من : ١ ، ب ، م .

(٨) في ب : « له » .

(٩) سقط من : م .

(١) في ١ : « لها » .

(٢) في ب : « بالنكاح » .

سُكُنِي ، في قول عامة أهل العلم ؛ منهم الشَّعْبِيُّ ، وَحَمَّادٌ ، وَمَالِكٌ ، وَالْأَوْزَاعِيُّ ،
وَالشَّافِعِيُّ ، وَأَصْحَابُ الرَّأْيِ ، وَأَبُو ثَوْرٍ . وَقَالَ الْحَكَمُ : لَهَا النِّفْقَةُ . وَقَالَ ابْنُ الْمُنْذِرِ :
لَا أَعْلَمُ أَحَدًا خَالَفَ هَؤُلَاءِ إِلَّا الْحَكَمَ ، وَلَعَلَّهُ يَحْتَجُّ بِأَنَّهُ نُسُوزُهَا لَا يُسْقِطُ مَهْرَهَا ،
فَكَذَلِكَ نَفَقَتُهَا . وَلَنَا ، أَنَّ النِّفْقَةَ إِنَّمَا تَجِبُ فِي مُقَابَلَةِ تَمَكُّينِهَا ، بِدَلِيلِ أَنَّهَا لَا تَجِبُ قَبْلَ
تَسْلِيمِهَا إِلَيْهِ ، وَإِذَا مَنَعَهَا / النِّفْقَةَ كَانَ لَهَا^(٣) مَنَعُهُ التَّمَكُّينَ ، فَإِذَا مَنَعَتْهُ التَّمَكُّينَ كَانَ لَهُ
مَنَعُهَا مِنَ النِّفْقَةِ ، كَمَا قَبْلَ الدُّخُولِ . وَتَخَالِفُ الْمَهْرَ ؛ فَإِنَّهُ يَجِبُ بِمُجَرَّدِ الْعَقْدِ ، وَلِذَلِكَ
لَوْ مَاتَ أَحَدُهُمَا قَبْلَ الدُّخُولِ وَجَبَ الْمَهْرُ دُونَ النِّفْقَةِ . فَأَمَّا إِذَا كَانَ لَهُ^(٤) مِنْهَا وَلَدٌ ، فَعَلَيْهِ
نَفْقَةُ وَادِّهِ ؛ لِأَنَّهَا وَاجِبَةٌ لَهُ ، فَلَا يَسْقِطُ حَقُّهُ بِمَعْصِيَّتِهَا ، كَالْكَبِيرِ ، وَعَلَيْهِ أَنْ يُعْطِيَهَا
إِيَّاهَا إِذَا كَانَتْ هِيَ الْحَاضِنَةَ^(٥) لَهُ ، أَوِ الْمُرْضِعَةَ لَهُ ، وَكَذَلِكَ أَجْرُ رَضَاعِهَا ، يَلْزَمُهُ
تَسْلِيمُهُ^(٦) إِلَيْهَا ؛ لِأَنَّهُ أَجْرُ مَلَكَتِهِ عَلَيْهِ بِالْإِرْضَاعِ^(٧) ، لَا فِي مُقَابَلَةِ الْاسْتِمْتَاعِ ، فَلَا
يَزُولُ بِزَوَالِهِ .

فصل : وَإِذَا سَقَطَتْ نَفْقَةُ الْمَرْأَةِ بِنُسُوزِهَا ، فَعَادَتْ عَنِ النُّسُوزِ وَالزَّوْجُ حَاضِرٌ ،
عَادَتْ نَفَقَتُهَا ؛ لِزَوَالِ الْمُسْقِطِ لَهَا ، وَوُجُودِ التَّمَكُّينِ الْمُقْتَضِي لَهَا . وَإِنْ كَانَ غَائِبًا ، لَمْ
تُعَدْ نَفَقَتُهَا حَتَّى يَعُودَ التَّسْلِيمُ بِحُضُورِهِ ، أَوْ بِحُضُورِ^(٨) وَكِيلِهِ ، أَوْ حُكْمِ الْحَاكِمِ
بِالْوُجُوبِ إِذَا مَضَى زَمَنُ الْإِمْكَانِ . وَلَوْ ارْتَدَّتْ امْرَأَتُهُ ، سَقَطَتْ نَفَقَتُهَا ، فَإِنْ عَادَتْ
إِلَى الْإِسْلَامِ ، عَادَتْ نَفَقَتُهَا بِمُجَرَّدِ عَوْدِهَا ؛ لِأَنَّ الْمُرْتَدَّةَ إِنَّمَا سَقَطَتْ نَفَقَتُهَا
بَخُرُوجِهَا^(٩) عَنِ الْإِسْلَامِ ، فَإِذَا عَادَتْ إِلَيْهِ ، زَالَ الْمَعْنَى الْمُسْقِطُ ، فَعَادَتْ النِّفْقَةُ ،

(٣) فِي الْأَصْلِ : « لَهُ » .

(٤) سَقَطَ مِنْ : ب .

(٥) فِي ب ، م : « الْحَاضِنَةُ » . تَحْرِيفٌ .

(٦) فِي الْأَصْلِ : « بِتَسْلِيمِهِ » .

(٧) فِي الْأَصْلِ : « بِالرَّضَاعِ » .

(٨) فِي أ ، ب ، م : « حُضُورٌ » .

(٩) فِي الْأَصْلِ : « لَخُرُوجِهَا » .

وفي النشور ، سقطت النفقة بخروجها عن يده ، أو منعها^(١٠) له من التمكن المستحق عليها ، ولا يزول ذلك إلا بعودها إلى يده ، وتمكينه منها ، ولا يحصل ذلك في غيبته ، ولذلك لو بذلت تسليم نفسها قبل دخولها بها في حال غيبته ، لم تستحق النفقة بمجرد البذل ، كذا ههنا ، والله أعلم .

(١٠) في ب : « ومنعها » .

باب مَنْ أَحَقُّ بِكَفَالَةِ الطِّفْلِ

كفالة الطِّفْلِ وحَضَانَتُهُ واجبة ؛ لأنه يَهْلِكُ بِتَرْكِه ، فيَجِبُ حِفْظُهُ عن الهلاك ، كما يجبُ الإنفاقُ عليه ، وإنْجَاؤُهُ مِنَ الْمَهَالِكِ . وَيَتَعَلَّقُ بِهَا حَقُّ لِقَائِهِ ، ^(١) «لأنَّ فيها» ولايةٌ على الطِّفْلِ واستِصْحَابًا ^(٢) له ، فتَعَلَّقَ ^(٣) بها الحقُّ ، ككفالة اللَّقِيطِ . ولا تُثْبِتُ الحَضَانَةُ لطفيلٍ ، ولا مَعْتُوهُ ؛ لأنه لا يَقْدِرُ عليها ، وهو مُحتَاجٌ إلى مَنْ يَكْفُلُهُ ، فكيف يَكْفُلُ غَيْرَهُ ! ولا فاسقٍ ^(٤) ؛ لأنه ^(٥) غيرُ مَوْثُوقٍ به في أداءِ الواجبِ مِنَ الحَضَانَةِ ، ولا حَظُّ لِلوَلَدِ في حَضَانَتِهِ ، لأنه يَنْشَأُ على طَرِيقَتِهِ ، ولا الرِّقِيقِ . وبهذا قال عطاءٌ ، والثَّوْرِيُّ ، والشافعيُّ ، ^{٢٠٣/٨} وأصحابُ الرَّأْيِ . / وقال مالكٌ ، في حُرِّه وَلَدٌ حُرٌّ مِنْ أُمِّهِ : الأُمُّ أَحَقُّ بِهِ ، إِلَّا أَنْ تُبَاعَ فَتُنْقَلَ ، فيكونُ الأبُّ أَحَقَّ بِهِ ؛ لأنها أُمُّ مُشْفِقَةٍ ، فَأَشْبَهَتِ الحُرَّةَ . ولنا ، أَنَّها لَا تَمْلِكُ مَنَافِعَهَا التي تُحْصَلُ الكِفَالَةُ ^(٦) بها ، لكونِها مَمْلُوكَةٌ لِسَيِّدِهَا ، فلم يَكُنْ لها حَضَانَةٌ ، كما لو بِيَعَتْ وَنُقِلَتْ . ولا تُثْبِتُ لكَافِرٍ على مُسْلِمٍ . وبهذا قال مالكٌ ، والشافعيُّ ، وسَوَّارٌ ، والعَنْبَرِيُّ . وقال ابنُ القاسمِ ، وأبو ثَوْرٍ ، وأصحابُ الرَّأْيِ : تُثْبِتُ لَهُ ؛ لما رَوَى عن عبد الحميد بن جعفرٍ ، عن أبيه ، عن جَدِّه رافع بن سِنَانٍ ، أَنَّهُ أَسْلَمَ ، وَأَبَتْ امْرَأَتُهُ أَنْ تُسَلِّمَ ، فَأَتَتْ النَّبِيَّ ﷺ فَقَالَتْ : ابْنَتِي . وَهِيَ فَطِيمٌ ، أَوْ شَبِيهَةٌ ، وَقَالَ رَافِعٌ : ابْنَتِي . فَقَالَ النَّبِيُّ ﷺ : «أَقْعُدِي نَاحِيَةً» ، وقال لها : «أَقْعُدِي نَاحِيَةً» ، وقال : «ادْعُوا هَا» .

(١-١) في ١ : « فَإِنْ مِنْهَا » .

(٢) في م : « وَاسْتَحْقَاقَهُ » .

(٣) في م : « فَيَتَعَلَّقُ » .

(٤) في الأصل ، ١ ، م : « الْفَاسِقُ » .

(٥) في الأصل : « فَإِنَّهُ » .

(٦) في الزهادة : « لَهُ » .

فَمَالَتْ الصَّبِيَّةُ إِلَى أُمِّهَا ، فَقَالَ النَّبِيُّ ﷺ : « اللَّهُمَّ اهْدِهَا » . فَمَالَتْ إِلَى أَبِيهَا ، فَأَخَذَهَا . رَوَاهُ أَبُو دَاوُدَ ^(٧) . وَلَنَا ، أَنَّهَا وَلَايَةٌ ، فَلَا تُثَبِّتُ لِكَافِرٍ عَلَى مُسْلِمٍ ، كَوَلَايَةِ النِّكَاحِ وَالْمَالِ ، وَلَأَنَّهَا إِذَا لَمْ تُثَبِّتْ لِلْفَاسِقِ ، فَالْكَافِرُ أَوْلَى ، فَإِنَّ ضَرَرَهُ أَكْثَرُ ، فَإِنَّهُ يَفْتِنُهُ عَنْ دِينِهِ ، وَيُخْرِجُهُ عَنِ الْإِسْلَامِ بِتَعْلِيمِهِ ^(٨) الْكُفْرَ ، وَتَزْيِينِهِ لَهُ ، وَتَرْبِيَتِهِ عَلَيْهِ ، وَهَذَا أَعْظَمُ الضَّرَرِ . وَالْحَضَانَةُ إِنَّمَا تُثَبِّتُ لِحَظِّ الْوَلَدِ ، فَلَا تُشْرَعُ عَلَى وَجْهِ يَكُونُ فِيهِ ^(٩) هَلَاكُهُ وَهَلَاكُ دِينِهِ . فَأَمَّا الْحَدِيثُ ، فَقَدْ رُوِيَ عَلَى غَيْرِ هَذَا الْوَجْهِ ، وَلَا يُثَبِّتُهُ أَهْلُ النَّقْلِ ، وَفِي إِسْنَادِهِ مَقَالٌ . قَالَ ^(١٠) ابْنُ الْمُنْذِرِ . وَيَحْتَمِلُ أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ عَلِمَ أَنَّهَا تَخْتَارُ أَبَاهَا بَدْعَوْتِهِ ، فَكَانَ ذَلِكَ خَاصًّا فِي حَقِّهِ . فَأَمَّا مَنْ بَعْضُهُ حُرٌّ ، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ بَيْنَهُ وَبَيْنَ سَيِّدِهِ مُهَابَاةً ، فَلَا حَضَانَةَ لَهُ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَقْدِرُ عَلَيْهَا ، لَكَوْنِ مَنَافِعِهِ مُشْتَرَكَةً بَيْنَهُ وَبَيْنَ سَيِّدِهِ ، وَإِنْ كَانَ بَيْنَهُمَا مُهَابَاةً ، فَقِيَاسُ قَوْلِ أَحْمَدَ ، أَنَّ لَهُ الْحَضَانَةَ فِي أَيَّامِهِ ؛ لِأَنَّهُ قَالَ : كُلُّ مَا يَتَجَزَّأُ ، فَعَلِيهِ النِّصْفُ مِنْ كُلِّ شَيْءٍ . وَهَذَا اخْتِيَارُ أَبِي بَكْرٍ . وَقَالَ الشَّافِعِيُّ : لَا حَضَانَةَ لَهُ . لِأَنَّهُ كَالْقَيْنِ عِنْدَهُ . وَهَذَا أَصْلُ قَدْ تَقَدَّمَ .

١٣٩٩ - مسألة ؛ قال ^(١) : (وَالْأُمُّ أَحَقُّ بِكَفَالَةِ الطِّفْلِ وَالْمَعْتُورِ ، إِذَا طُلِّقَتْ)

وَجَمَلَتْهُ أَنَّ الزَّوْجَيْنِ إِذَا افْتَرَقَا ، وَلَهُمَا وَلَدٌ طِفْلٌ أَوْ مَعْتُورٌ ، فَأُمُّهُ أَوْلَى النَّاسِ بِكَفَالَتِهِ إِذَا كَمَلَتْ الشَّرَائِطُ فِيهَا ، ذَكَرًا كَانَ أَوْ أُنْثَى . وَهَذَا قَوْلُ يَحْيَى الْأَنْصَارِيِّ ، وَالزُّهْرِيِّ ، وَالثَّوْرِيِّ ، / وَمَالِكٍ ، وَالشَّافِعِيِّ ، وَأَبِي ثَوْرٍ ، وَإِسْحَاقَ ، وَأَصْحَابِ الرَّأْيِ ، وَلَا نَعْلَمُ أَحَدًا خَالَفَهُمْ . وَالْأَصْلُ فِيهِ مَا رَوَى عَبْدُ اللَّهِ بْنُ عَمْرِو بْنِ الْعَاصِ ، أَنَّ امْرَأَةً قَالَتْ :

(٧) قى : باب إذا أسلم أحد الأبوين مع من يكون الولد ، من كتاب الطلاق . سنن أبي داود ٥٢٠/١ .

كما أخرجه الإمام أحمد ، قى : المسند ٤٤٦/٥ .

(٨) قى ١ : « بتعلمه » .

(٩) قى ١ : « فيها » .

(١٠) قى الأصل ، م : « قال » .

(١) قى ب زيادة : « أبو القاسم » .

يارسول الله ، إن ابني هذا كان بطني له وعاء ، وثديي له سقاء ، وحجري له حواء ، وإن أباه طلقني ، وأراد أن ينزعه مني . فقال رسول الله ﷺ : « أنت أحق به ما لم تنكحني » . رواه أبو داود^(٢) . ويروى أن أبا بكر الصديق ، حكّم على عمر بن الخطاب بعاصم لأمه أم عاصم ، وقال : ريحها وشمها ولطفها ، خير له منك . رواه سعيد ، في « سننه »^(٣) . ولأنها أقرب إليه ، وأشفق عليه ، ولا يشاركها في القرب إلا أبوه ، وليس له مثل شفقتها ، ولا يتولى الحضانة بنفسه ، وإنما يدفعه إلى امرأته ، وأمه أولى به من امرأة أبيه .

فصل : فإن لم تكن الأم من أهل الحضانة ، لفقدان الشروط التي ذكرنا فيها^(٤) ، أو بعضها ، فهي كالمعدومة ، وتنتقل^(٥) إلى من يليها في الاستحقاق . ولو كان الأبوان من غير أهل الحضانة ، انتقلت إلى من يليهما ؛ لأنهما كالمعدومين .

فصل : ولا تثبت الحضانة إلا على الطفل والمعتوه^(٦) ، فأما البالغ الرشيد ، فلا حضانة عليه ، وإليه الخيرة^(٧) في الإقامة^(٨) عند من شاء من أبويه ، فإن كان رجلاً ، فله الانفراد بنفسه ، لاستغنائه عنهما ، ويستحب أن لا يتفرد عنهما ، ولا يقطع برّه عنهما ، وإن كانت جارية لم يكن لها الانفراد ، ولأبيها منعها منه ؛ لأنه لا يؤمن أن يدخل عليها من يفسدّها ، ويلحق العار بها وأهلها ، وإن لم يكن لها أب ، فلوليها وأهلها منعها من ذلك .

(٢) في : باب من أحق بالولد ، من كتاب الطلاق . سنن أبي داود ٥٢٩/١ .

(٣) في : باب الغلام بين الأبوين أيهما أحق به ، من كتاب الطلاق . السنن ١٠٩/٢ ، ١١٠ .

كما أخرجه الإمام مالك ، في : باب ما جاء في المؤنث من الرجال ومن أحق بالولد ، من كتاب الوصية . الموطأ ٧٦٧/٢ ، ٧٦٨ . وابن أبي شيبة ، في : باب الرجل يطلق امرأته ولها ولد صغير ، من كتاب الطلاق . المصنف ٢٣٦/٥ - ٢٣٨ .

(٤) سقط من : ١ .

(٥) في أن زيادة : « الحضانة » .

(٦) في ب ، م : « أو المعتوه » .

(٧-٧) سقط من : ب .

١٤٠٠ - مسألة ؛ قال : (وَإِذَا بَلَغَ الْغُلَامُ سَبْعَ سِنِينَ ، خَيْرٌ بَيْنَ أَبَوَيْهِ ، فَكَانَ مَعَ مَنْ اخْتَارَ مِنْهُمَا)

وجملته أن الغلام إذا بلغ سبعا ، وليس بمعتوه ، خير بين أبويه ، إذا تنازعا فيه ، فمن اختار^(١) منهما ، فهو أولى به . قضى بذلك عمر ، وعلى ، وشريح . وهو مذهب الشافعي ، وقال مالك ، وأبو حنيفة : لا يُخير . لكن قال أبو حنيفة : إذا استقل بنفسه ، فأكل بنفسه ، ولبس بنفسه ، واستنجى بنفسه ، فالأب أحق به . ومالك يقول : الأم أحق به حتى يُتغير^(٢) ، وأما التَّخْيِيرُ ، فلا يصح ؛ لأنَّ الغلام لا قول له ، ولا يَعْرِفُ حَظَّهُ ، وربما / اختار مَنْ يَلْعَبُ عنده ويترك تأديبه ، ويُمكنه من شهواته ، فيؤدى إلى فسادِه ، ولأنَّه دُونَ الْبُلُوغِ ، فلم يُخير ، كَمَنْ دُونَ السَّبْعِ . ولنا ، ما روى أبو هريرة أن النَّبِيَّ ﷺ خيَّرَ غلامًا بين أبيه وأمه . رواه سعيد ، بإسناده ، والشافعي^(٣) . وفي لفظ عن أبي هريرة ، قال : جاءت امرأة إلى النَّبِيِّ ﷺ ، فقالت : يا رسول الله ، إنَّ زَوْجِي يريد أن يذهب بائني ، وقد سقاني من بئر أبي عتبة^(٤) ، وقد نفعتني . فقال له النَّبِيُّ ﷺ : « هَذَا أَبُوكَ ، وَهَذِهِ أُمُّكَ ، فَخُذْ بِيَدِ أَيِّهِمَا شِئْتَ » . فَأَخَذَ بِيَدِ أُمِّهِ ، فَأَنْطَلَقَتْ بِهِ . رواه أبو داود^(٥) ، ولأنَّه إجماعُ الصَّحَابَةِ ، فروى عن عمر ، أنه خير

(١) في ١ ، م : « اختاره » .

(٢) في م : « يعرب » تحريف . وأتغر الغلام : ألقى ثغره ، ونبت ثغره ، ضيدٌ .

(٣) أخرجه سعيد في : باب الغلام بين الأبوين أيهما أحق به ، من كتاب الطلاق . السنن ١١٠/٢ . وأخرجه الشافعي . انظر : الباب السابع في الحضانة ، من كتاب الطلاق . ترتيب المسند ٦٢/٢ ، ٦٣ . كما أخرجه الترمذي ، في : باب ما جاء في تخيير الغلام بين أبويه إذا افترقا ، من أبواب الأحكام . عارضة الأحوذى ١٠٩/٦ . وابن ماجه ، في : باب تخيير الصبي بين أبويه ، من كتاب الأحكام . سنن ابن ماجه ٧٨٨/٢ . والإمام أحمد ، في : المسند ٢٤٦/٢ .

(٤) في م : « عتبة » . وبئر أبي عتبة : على بعد ميل من المدينة . معجم البلدان ٤٣٤/١ .

(٥) في : باب من أحق بالولد ، من كتاب الطلاق . سنن أبي داود ٥٣٠/١ .

كما أخرجه الدارمي ، في : باب في تخيير الصبي بين أبويه ، من كتاب الطلاق . سنن الدارمي ١٧٠/٢ .

غلامًا بين أبيه وأمه . رواه سعيد^(٦) ، ورُوي عن^(٧) . عُمارة الجرمي ، أنه قال : خيّرني عليّ بين عمّي وأمي ، وكنتُ ابنَ سبعٍ أو ثمان^(٨) . ورُوي نحو ذلك عن أبي هريرة . وهذه قصصٌ في مِظَنَّةِ الشُّهرة ، ولم تُنكر ، فكانت إجماعًا ، ولأنَّ التَّقديمَ في الحضانةِ لِحقِّ^(٩) الولد ، فيُقدِّم^(١٠) مَنْ هو أشْفَق ؛ لأنَّ حَظَّ الولدِ عنده أكثر ، واعتبرنا الشَّفقةَ بِمِظَنَّتِها إذا لم يُمكن اعتبارها بنفسِها ، فإذا بلغ الغلامُ حدًّا يُعربُ عن نفسه ، ويُميزُ بين الإكرامِ وضيده ، فمالَ إلى أحدِ الأبوين ، دَلَّ على أنَّه أرفقُ به ، وأشفقُ عليه ، فُقدِّمَ بذلك . وقيدناه بالسَّبع ؛ لأنَّها أوَّلُ حالٍ أَمَرَ الشرعُ فيها بِمُحَاطَبَتِهِ بِالْأَمْرِ بِالصَّلَاةِ ، ولأنَّ الأمَّ قَدِّمَتْ في حالِ الصُّغرِ ، لحاجته إلى حَمَلِهِ ، ومباشرةِ خِدْمَتِهِ ، لأنَّها أعرفُ بذلك ، وأقومُ به ، فإذا استغنى عن ذلك ، تساوى والداه ، لقُرْبَهُما منه ، فرجَّحَ باختيارِهِ .

فصل : ومتى اختارَ أحدهما فسُلِّمَ إليه ، ثم اختارَ الآخرَ ، رُدَّ إليه ، فإن عادَ فاختارَ الأوَّلَ ، أُعيدَ إليه ، هكذا أبدًا كلما اختارَ أحدهما صارَ إليه ؛ لأنَّه اختيارُ شهوةٍ ، لحَظِّ نفسه ، فأُتبعَ ما يَشْتَهِيهِ ، كما يُتَّبَعُ ما يَشْتَهِيهِ في المأكولِ والمشروبِ ، وقد يَشْتَهِيهِ المُقامُ عندَ أحدهما في وقتٍ ، وعندَ الآخرِ في وقتٍ ، وقد يَشْتَهِيهِ التَّسْوِيَةُ بينهما ، وأن لا يَنْقَطِعَ عنهما . وإن خيَّرناه ، فلم يَخْتَرْ واحدًا منهما ، أو اختارَهما معًا ، قُدِّمَ أحدهما بالقرعة ؛ لأنَّه لا مَزِيَّةَ لأحدهما على صاحبه ، ولا يُمكنُ اجْتِمَاعُهُما على حضائته ،

(٦) في : باب الغلام بين الأبوين أيهما أحق به ، من كتاب الطلاق . السنن ١١٠/٢ ، ١١١ .
كما أخرجه البيهقي ، في : باب الأبوين إذا افترقا ... ، من كتاب النفقات . السنن الكبرى ٤/٨ . وابن أبي شيبة ، في : باب ما قالوا في الرجل يطلق امرأته ولها ولد صغير . من كتاب الطلاق . المصنف ٢٣٦/٥ .

(٧) سقط من : ١ .

(٨) أخرجه البيهقي ، في : باب الأبوين إذا افترقا ، من كتاب النفقات . السنن الكبرى ٤/٨ . والشافعي ، انظر : الباب السابع في الحضانة ، من كتاب الطلاق . ترتيب المسند ٦٣/٢ . وسعيد ، في : باب الغلام بين الأبوين أيهما أحق به ، من كتاب الطلاق . السنن ١١١/٢ . وابن أبي شيبة ، في : باب ما قالوا في الأولياء والأعمام أيهم أحق بالولد ، من كتاب الطلاق . المصنف ٢٣٩/٥ ، ٢٤٠ .

(٩) في م : « يلحق به » .

(١٠) في ب ، م : « فيتقدم » .

فَقَدَّمَ أَحَدَهُمَا بِالْقُرْعَةِ ، فَإِذَا قُدِّمَ بِهَا ، ثُمَّ اخْتَارَ الْآخَرَ ، رُدَّ إِلَيْهِ ؛ لِأَنَّا قَدَّمْنَا اخْتِيَارَهُ الثَّانِي عَلَى الْأَوَّلِ ، فَعَلَى الْقُرْعَةِ / الَّتِي ^(١١) هِيَ بَدَلُ أُولَى .

فصل : فَإِنْ كَانَ الْأَبُ مَعْدُومًا ، أَوْ مِنْ غَيْرِ أَهْلِ الْحَضَانَةِ ، وَحَضَرَ غَيْرُهُ مِنْ الْعَصَبَاتِ ، كَالْأَخِ وَالْعَمِّ وَابْنِهِ ، قَامَ مَقَامَ الْأَبِ ، فَيُخَيَّرُ الْغُلَامُ بَيْنَ أُمِّهِ وَعَصَبَتِهِ ؛ لِأَنَّ عَلِيًّا ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، خَيَّرَ عُمَارَةَ الْجَرَمِيِّ بَيْنَ أُمِّهِ وَعَمِّهِ . وَلَأَنَّهُ عَصَبَةٌ ، فَأُشْبِهَ الْأَبَ . وَكَذَلِكَ إِنْ كَانَتِ الْأُمُّ ^(١٢) مَعْدُومَةً ، أَوْ مِنْ غَيْرِ أَهْلِ الْحَضَانَةِ ، فَسُلِّمَ ^(١٣) إِلَى الْجَدَّةِ ، خَيْرُ الْغُلَامِ بَيْنَهَا وَبَيْنَ أَبِيهِ ، أَوْ مَنْ يَقُومُ مَقَامَهُ مِنَ الْعَصَبَاتِ ، فَإِنْ كَانَ الْأَبَوَانِ مَعْدُومَيْنِ ، أَوْ مِنْ غَيْرِ أَهْلِ الْحَضَانَةِ ، فَسُلِّمَ إِلَى امْرَأَةٍ ، كَأُخْتِهِ أَوْ عَمَّتِهِ ^(١٤) أَوْ خَالَتِهِ ، قَامَتْ مَقَامَ أُمِّهِ ، فِي التَّخْيِيرِ بَيْنَهَا وَبَيْنَ عَصَبَاتِهِ ، لِلْمَعْنَى الَّتِي ذَكَرْنَاهَا فِي الْأَبْوَيْنِ . فَإِنْ كَانَ الْأَبَوَانِ رَقِيقَيْنِ ، وَلَيْسَ لَهُ أَحَدٌ مِنْ أَقَارِبِهِ سِوَاهُمَا ، فَقَالَ الْقَاضِي : لَا حَضَانَةَ لِهَمَا عَلَيْهِ ، وَلَا نَفَقَةَ لَهُ عَلَيْهِمَا ، وَنَفَقَتُهُ فِي بَيْتِ الْمَالِ ، وَيُسَلَّمُ إِلَى مَنْ يَحْضُنُّهُ مِنَ الْمُسْلِمِينَ .

فصل : وَإِنَّمَا يُخَيَّرُ الْغُلَامُ بِشَرْطَيْنِ ؛ أَحَدُهُمَا ، أَنْ يَكُونَ جَمِيعًا مِنْ أَهْلِ الْحَضَانَةِ ، فَإِنْ كَانَ أَحَدُهُمَا مِنْ غَيْرِ أَهْلِ الْحَضَانَةِ ، كَانَ كَالْمَعْدُومِ ، وَيُعَيَّنُ الْآخَرُ . الثَّانِي ، أَنْ لَا يَكُونَ الْغُلَامُ مَعْتُوهًا ، فَإِنْ كَانَ مَعْتُوهًا كَانَ عِنْدَ الْأُمِّ ، وَلَمْ يُخَيَّرْ ؛ لِأَنَّ الْمَعْتُوهَ بِمَنْزِلَةِ الطِّفْلِ وَإِنْ كَانَ كَبِيرًا ، وَلِذَلِكَ كَانَتِ الْأُمُّ أَحَقَّ بِكَفَالَةِ وَلَدِهَا الْمَعْتُوهِ بَعْدَ بُلُوغِهِ . وَلَوْ خُيِّرَ الصَّبِيُّ ، فَاخْتَارَ أَبَاهُ ، ثُمَّ زَالَ عَقْلُهُ ، رُدَّ إِلَى الْأُمِّ ، وَبَطَلَ اخْتِيَارُهُ ؛ لِأَنَّهُ إِنَّمَا خُيِّرَ حِينَ اسْتَقَلَّ بِنَفْسِهِ ، فَإِذَا زَالَ اسْتِقْلَالُهُ بِنَفْسِهِ ، كَانَتِ الْأُمُّ أُولَى ؛ لِأَنَّهَا أَشْفَقَ عَلَيْهِ ، وَأَقْوَمَ بِمَصَالِحِهِ ^(١٥) ، كَمَا فِي حَالِ طُفُولِيَّتِهِ .

(١١) سقط من : ب .

(١٢) في ا ، ب ، م : « أمه » .

(١٣) في الأصل : « فيسلم » .

(١٤) في ا ، ب ، م : « وعمته » .

(١٥) في ا : « بمصالحته » .

١٤٠١ - مسألة ؛ قال : (وَإِذَا بَلَغَتِ الْجَارِيَةُ سَبْعَ سِنِينَ ، فَلَأَبُ أَحَقُّ بِهَا)

وقال الشافعي : تُخَيَّرُ كَالْغُلَامِ ؛ لِأَنَّ كُلَّ سِنٍّ خَيْرٌ فِيهِ الْغُلَامُ خَيْرٌ فِيهِ الْجَارِيَةُ ، كَسِنَّ الْبُلُوغِ . وقال أبو حنيفة : الْأُمُّ أَحَقُّ بِهَا ، حَتَّى تُزَوِّجَ أَوْ تَحِيضَ . وقال مالك : الْأُمُّ أَحَقُّ بِهَا حَتَّى تُزَوِّجَ وَيَدْخُلَ ^(١) بِهَا الزَّوْجُ ؛ لِأَنَّهَا لَا حُكْمَ لِاخْتِيَارِهَا ، وَلَا يُمَكِّنُ انْفِرَادُهَا ، فَكَانَتِ الْأُمُّ أَحَقَّ بِهَا ، كَمَا قَبْلَ السَّبْعِ . وَلَنَا ، أَنَّ الْغَرْصَ بِالْحِضَانَةِ الْحِظُّ ، وَالْحِظُّ لِلْجَارِيَةِ بَعْدَ السَّبْعِ فِي الْكَوْنِ عِنْدَ أَبِيهَا ؛ لِأَنَّهَا تَحْتَاجُ إِلَى حِفْظٍ ، وَالْأَبُ أَوْلَى بِذَلِكَ ، فَإِنَّ الْأُمَّ تَحْتَاجُ إِلَى مَنْ يَحْفَظُهَا / وَيَصُونُهَا ، وَلِأَنَّهَا إِذَا بَلَغَتِ السَّبْعَ ، قَارَبَتِ الصَّلَاحِيَةَ لِلتَّزْوِيجِ ، وَقَدْ تَزَوَّجَ النَّبِيُّ ﷺ عَائِشَةَ ، وَهِيَ ابْنَةُ سَبْعٍ ^(٢) . وَإِنَّمَا تُخْطَبُ الْجَارِيَةُ مِنْ أَبِيهَا ؛ لِأَنَّهُ وَلِيُّهَا ، وَالْمَالِكُ لِلتَّزْوِيجِهَا ، وَهُوَ أَعْلَمُ بِالْكَفَاءَةِ ، وَأَقْدَرُ عَلَى الْبَحْثِ ، فَيَنْبَغِي أَنْ يُقَدَّمَ عَلَى غَيْرِهِ ، وَلَا يُصَارُ إِلَى تَخْيِيرِهَا ؛ لِأَنَّ الشَّرْعَ لَمْ يَرِدْ بِهِ فِيهَا ، وَلَا يَصِحُّ قِيَاسُهَا عَلَى الْغُلَامِ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَحْتَاجُ إِلَى الْحِفْظِ وَالتَّزْوِيجِ ، كَمَا جَاءَتْهَا إِلَيْهِ ، وَلَا عَلَى سِنَّ الْبُلُوغِ ؛ لِأَنَّ قَوْلَهَا حِينَئِذٍ مُعْتَبَرٌ فِي إِذْنِهَا ، وَتَوْكِيلِهَا ، وَإِقْرَارِهَا ، وَاخْتِيَارِهَا ، بِخِلَافِ مَسْأَلَتِنَا ، وَلَا يَصِحُّ قِيَاسُ مَا بَعْدَ السَّبْعِ عَلَى مَا قَبْلَهَا ؛ لَمَا ذَكَرْنَا فِي دَلِيلِنَا .

فصل : إِذَا كَانَتِ الْجَارِيَةُ عِنْدَ الْأُمِّ أَوْ عِنْدَ الْأَبِ ، فَإِنَّهَا تَكُونُ عِنْدَهُ لَيْلًا وَنَهَارًا ؛ لِأَنَّ تَأْدِيبَهَا وَتَخْرِيجَهَا فِي جَوْفِ الْبَيْتِ ، مِنْ تَعْلِيمِهَا الْعَزَلَ وَالطَّبْعَ وَغَيْرَهُمَا ^(٣) ، وَلَا حَاجَةَ بِهَا إِلَى الْإِخْرَاجِ مِنْهُ ، وَلَا يُمْنَعُ أَحَدُهُمَا مِنْ زِيَارَتِهَا عِنْدَ الْآخَرِ ، مِنْ غَيْرِ أَنْ يَخْلُوَ الزَّوْجُ بِأُمِّهَا ، وَلَا يُطِيلُ ، وَلَا يَتَبَسَّطُ ؛ لِأَنَّ الْفُرْقَةَ بَيْنَهُمَا تَمْنَعُ تَبَسُّطَ أَحَدِهِمَا فِي مَنْزِلِ الْآخَرِ . وَإِنْ مَرَضَتْ ، فَلِأُمِّ أَحَقُّ بِتَمْرِيطِهَا فِي بَيْتِهَا . وَإِنْ كَانَ الْغُلَامُ عِنْدَ الْأُمِّ بَعْدَ السَّبْعِ ، لِاخْتِيَارِهَا لَهَا ، كَانَ عِنْدَهَا لَيْلًا ، وَيَأْخُذُهُ الْأَبُ نَهَارًا لِيُسَلِّمَهُ فِي مَكْتَبٍ ، أَوْ

(١) فِي أ ، ب ، م : « أَوْ يَدْخُلَ » .

(٢) تَقْدِمُ تَحْرِيجَهُ ، فِي صَفْحَةِ ٣٩٦ ، ٩ / ٣٩٨ .

(٣) فِي أ ، ب ، م : « وَغَيْرِهَا » .

في صناعة ؛ لأنَّ القَصْدَ حَظُّ الغَلامِ ، وحَظُّهُ فيما ذَكَرناه . وإن كان عند الأب ، كان عنده ليلاً ونهاراً ، ولا يُمنَعُ من زيارة أمه ؛ لأنَّ منعه من ذلك إغراء بالعُقوقِ ، وقَطِيعَةُ للرَّحِمِ^(٤) . وإن مَرِضَ ، كانت الأمُّ أَحَقُّ بِتَمْرِيضِهِ في بَيْتِهَا ؛ لأنَّه صار بالمَرَضِ كالصغير ، في الحاجة إلى مَنْ يقومُ بأمره ، فكانت الأمُّ أَحَقُّ به كالصغير . وإن مَرِضَ أحدُ الأبوين ، والولدُ عند الآخر ، لم يُمنَعُ من عِيادَتِهِ ، وحُضُورِهِ عند موْتِهِ ، سواء كان ذَكَراً أو أنثى ؛ لأنَّ المَرَضَ يَمْنَعُ المَرِيضَ من المَشْيِ إلى وَلَدِهِ^(٥) ، فَمَشَى وَلَدُهُ إِلَيْهِ أُولَى . فأما في حالِ الصَّحَّةِ ، فإنَّ الغَلامَ يَزُورُ أمه ؛ لأنَّها عَوْرَةٌ ، فَسَتَرُهَا أُولَى ، والأمُّ تَزُورُ ابْنَتَهَا ؛ لأنَّ كُلَّ واحدةٍ منهما عَوْرَةٌ ، تَحْتَاجُ إلى صِيَانَةٍ وَسْتَرٍ ، وَسَتَرُ الجاريةِ أُولَى ؛ لأنَّ الأمَّ قد تَحَرَّجَتْ وَعَقَلَتْ ، بخلافِ الجاريةِ .

فصل : وإذا أراد أحدُ الأبوين السَّفَرَ لحاجةٍ ثم يَعُودُ ، والآخَرُ مُقِيمٌ ، فالمُقيمُ أُولَى بالحِضَانَةِ ؛ لأنَّ في المُسافَرةِ / بالوَلَدِ إضراراً به ، وإن كان مُنْتَقِلاً إلى بَلَدٍ لِيُقيمَ به ، وكان الطَّرِيقُ مَخُوفاً^(٦) أو البَلَدُ^(٦) الذي يَنْتَقِلُ إِلَيْهِ مَخُوفاً ، فالمُقيمُ^(٧) أَحَقُّ بِهِ^(٧) ؛ لأنَّ في السَّفَرِ به خَطَرًا به ، ولو اختارَ الولدُ السَّفَرَ في هذه الحالِ ، لم يُجِبْ إِلَيْهِ ؛ لأنَّ فيه تَغْريراً به . وإن كان البَلَدُ^(٨) الذي يَنْتَقِلُ إِلَيْهِ آمِناً ، وطَرِيقُهُ آمِنٌ ، فالأبُّ أَحَقُّ به ، سواء كان هو المُقيمُ أو المُنتَقِلُ ، إلَّا أن يكونَ بينَ البَلَدَيْنِ قَرِيبٌ ، بحيث يَرَاهُم الأبُّ كُلَّ يَوْمٍ وَيَرَوْنَهُ ، فتكونَ الأمُّ على حِضَانَتِهَا . وقال القاضي : إذا كان السَّفَرُ دُونَ مَسَافَةِ القَصْرِ ، فهو في حُكْمِ الإقامَةِ . وهو قولُ بعضِ^(٩) أَصْحَابِ الشافعي ؛ لأنَّ ذلك في حُكْمِ الإقامَةِ في غيرِ هذا الحُكْمِ ، فكذلك في هذا ، لأنَّ^(١٠) مُراعاةَ الأبِّ له مُمَكِّنَةٌ . والمنصُوصُ عن أحمد

(٤) في ا ، ب ، م : « الرحم » .

(٥) في ب ، م : « والده » خطأ .

(٦-٦) في ب : « والبلد » .

(٧-٧) في م : « أولى بالحضانة » .

(٨-٨) سقط من : الأصل .

(٩) سقط من : ب ، م .

(١٠) في ا ، ب : « ولأن » .

ما ذكرناه ، وهو أولى ؛ لأنَّ البُعْدَ الذي يَمْنَعُهُ من رُؤْيَيْهِ ، يَمْنَعُهُ من تَأْدِيبِهِ ، وتَعْلِيمِهِ ، ومُرَاعَاةِ حَالِهِ ، فَأَشْبَهَ مَسَافَةَ الْقَصْرِ . وبما ذكرناه من تَقْدِيمِ الأبِّ عندَ افْتِرَاقِ الدَّارِ بهما ، قال شَرِيحٌ ، ومالِكٌ ، والشافعيُّ . وقال أصحابُ الرَّأْيِ : إنَّ انْتَقَلَ الأبُّ ، فالأُمُّ أَحَقُّ به ، وإنَّ انْتَقَلَتِ الأُمُّ إلى البَلَدِ الذي ^(١١) كان فيه أَصْلُ النِّكَاحِ ، فهي أَحَقُّ ، وإنَّ انْتَقَلَتْ إلى غيره ، فالأبُّ أَحَقُّ . وحُكِيَ عن أبي حنيفةَ : إنَّ انْتَقَلَتْ من بَلَدٍ إلى قَرْيَةٍ ، فالأبُّ أَحَقُّ ، وإنَّ انْتَقَلَتْ إلى بَلَدٍ آخَرَ ، فهي أَحَقُّ ؛ لأنَّ في البَلَدِ يُمَكِّنُ تَعْلِيمَهُ وَتَخْرِيجَهُ . ولنا ، أَنَّهُ اخْتَلَفَ مَسْكَنُ الْأَبَوَيْنِ ، فكان الأبُّ أَحَقُّ ، كَالوَ انْتَقَلَتْ من بَلَدٍ إلى قَرْيَةٍ ، أو إلى بَلَدٍ لم يَكُنْ فيه أَصْلُ النِّكَاحِ ، وما ذكروه لا يَصِحُّ ؛ لأنَّ الأبَّ في العَادَةِ هو الذي يَقُومُ بِتَأْدِيبِ ابْنِهِ وَتَخْرِيجِهِ وَحِفْظِ نَسَبِهِ ، فإذا لم يَكُنْ في بَلَدِهِ ضَاعَ ، فَأَشْبَهَ مَا لو كان في قَرْيَةٍ . وإنَّ انْتَقَلَا جَمِيعًا إلى بَلَدٍ وَاحِدٍ ، فالأُمُّ ^(١٢) باقيةٌ على حَضَانَتِهَا . وكذلك إنَّ أَخَذَهُ الأبُّ لِافْتِرَاقِ الْبَلَدَيْنِ ، ثمَّ اجْتَمَعَا ، عَادَتْ إلى الأُمِّ حَضَانَتُهَا . وَغَيْرُ الأُمِّ مَمَّنْ لَهُ الْحَضَانَةُ مِنَ النِّسَاءِ ، يَقُومُ مَقَامَهَا ، وَغَيْرُ الأبِّ مِنْ عَصَبَاتِ الْوَلَدِ ، يَقُومُ مَقَامَهُ ، عِنْدَ عَدَمِهِمَا ، أو كَوْنِهِمَا مِنْ غَيْرِ أَهْلِ الْحَضَانَةِ .

١٤٠٢ - مسألة ؛ قال : (فَإِنْ لَمْ تَكُنْ أُمٌّ ، أَوْ تَزَوَّجَتِ الْأُمُّ ، فَأُمُّ الْأَبِّ أَحَقُّ مِنَ الْخَالَةِ)

ظ ٢٠٦/٨ في هذه / المسألة فصلان :

أحدهما : أَنَّ الأُمَّ إِذَا تَزَوَّجَتْ ، سَقَطَتْ حَضَانَتُهَا . قال ابنُ المُنْذِرِ : أَجْمَعَ عَلَى هَذَا كُلُّ مَنْ أَحْفَظَ عَنْهُ مِنْ أَهْلِ الْعِلْمِ . قَضَى بِهِ شَرِيحٌ ، وهو قولُ مالِكٍ ، والشافعيُّ ، وأصحابِ الرَّأْيِ . وحُكِيَ عَنِ الْحَسَنِ ، أَنَّهَا لَا تَسْقُطُ بِالتَّزْوِيجِ . وَنَقَلَ مُهَنَّاعٌ أَحْمَدَ : إِذَا تَزَوَّجَتِ الْأُمُّ ، وَابْنُهَا صَغِيرٌ ، أُخِذَ مِنْهَا . قِيلَ لَهُ : فَالْجَارِيَةُ مِثْلُ الصَّبِيِّ ؟ قَالَ :

(١١) سقط من : م .

(١٢) في ١ ، م : « الأُم » .

لا ، الجارية تكون معها إلى سبع سنين . فظاهر هذا أنه لم يُزَلِ الحَضَانَةُ عن الجارية لتزويج أمها ، وأزالتها عن الغلام . ووجه ذلك ما روى ، أن علياً وجعفرًا وزيد بن حارثة ، تنازعوا في حضانة ابنة حمزة ، فقال علي : ابنة عمي ، وأنا أخذتها . وقال زيد : بنت أخي ؛ لأن رسول الله ﷺ أخى بين زيد وحمزة . وقال جعفر : بنت عمي ، وعندى خالتها . فقال رسول الله ﷺ : « الْحَالَةُ أُمُّ » . وسَلَمَهَا إِلَى جَعْفَرٍ . رواه أبو داود^(١) بنحو هذا المعنى ، فجعل لها الحضانة وهي مُزَوَّجَةٌ . والرواية الأولى هي الصَّحِيحَةُ . قال ابن أبي موسى : وعليها العمل ؛ لقول رسول الله ﷺ للمرأة : « أَنْتِ أَحَقُّ بِهِ ، مَا لَمْ تَنْكِحِي »^(٢) . ولأنها إذا تزوجت ، اشْتَعَلَتْ بِحُقُوقِ الزَّوْجِ عن الحضانة ، فكان الأبُّ أَحَقَّ . له ، ولأن منافعها تكون مملوكة لغيرها ، فأشبهت المملوكة . فأما بنت حمزة ، فإنما قُضِيَ بها لخالتها ؛ لأن زوجه من أهل الحضانة ، ولأنه لا يُساويه في الاستحقاق إلا علي ، وقد تَرَجَّحَ جعفر بأن امرأته من أهل الحضانة ، فكان أولى . وعلى هذا ، متى كانت المرأة مُتَزَوِّجَةً لَزَجُلٍ من أهل الحضانة ، كالجدة تكون مُتَزَوِّجَةً لِلْجَدِّ ، لم تُسْقُطْ حَضَانَتُهَا ؛ لأنه يُشَارِكُهَا فِي الْوِلَادَةِ وَالشَّفَقَةِ عَلَى الْوَلَدِ ، فأشبه الأم إذا كانت مُتَزَوِّجَةً لِلْأَبِ . ولو تنازع العَمَّانِ فِي الْحَضَانَةِ ، وأحدهما مُتَزَوِّجٌ لِلْأُمِّ ، أو الخالة ، فهو أَحَقُّ ، لحديث بنت حمزة . وكذلك كُلُّ عَصَبَتَيْنِ تَسَاوَا ، وأحدهما مُتَزَوِّجٌ بِمَنْ هِيَ مِنْ أَهْلِ الْحَضَانَةِ ، قُدِّمَ بِهَا لِذَلِكَ . وظاهر قول الخِرَقِيِّ ، أن التَّزْوِيجَ بِأَجْنَبِيٍّ يُسْقِطُ الْحَضَانَةَ بِمُجَرَّدِ الْعَقْدِ ، وإن عَرِيَ عَنِ الدُّخُولِ . / وهو قول الشافعي ، وَيَحْتَمِلُ أَنْ لَا تُسْقِطَ إِلَّا بِالْدُّخُولِ . وهو قول مالك ؛ لأنَّ به تَشْتَغِلُ عَنِ الْحَضَانَةِ . وَوَجْهُ الْأَوَّلِ ، قول النَّبِيِّ ﷺ : « أَنْتِ أَحَقُّ بِهِ مَا لَمْ تَنْكِحِي » . وقد وَجَدَ النُّكَاحُ قَبْلَ الدُّخُولِ ،

(١) في : باب من أحق بالولد ، من كتاب الطلاق . سنن أبي داود ٥٣٠/١ .

كما أخرجه البخاري ، في : باب كيف يكتب : هذا ما صالح فلان بن فلان ... ، من كتاب الصلح ، وفي : باب عمرة القضاء ، من كتاب المغازي . صحيح البخاري ٢٤٢/٣ ، ١٨٠/٥ .

(٢) تقدم تخريجه ، في صفحة ٤١٤ .

ولأنَّ بالعقد^(٣) يَمْلِكُ مَنَافِعَهَا ، وَيَسْتَحِقُّ زَوْجُهَا مَنَعَهَا مِنْ حَضَانَتِهِ ، فزال حَقُّهَا ، كمالو
دَخَلَ بِهَا .

الفصل الثاني : أَنَّ الأُمَّ إِذَا عُدِمَتْ ، أَوْ تَزَوَّجَتْ ، أَوْ لَمْ تَكُنْ مِنْ أَهْلِ الْحَضَانَةِ ،
واجْتَمَعَتْ أُمُّ أَبِي وَخَالَةٌ ، فَأُمُّ الْأَبِ أَحَقُّ . وَبِهِ قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ ، وَالشَّافِعِيُّ فِي الْجَدِيدِ .
وَحُكِيَ ذَلِكَ عَنْ مَالِكٍ ، وَأَبِي ثَوْرٍ . وَرَوَى عَنْ أَحْمَدَ ، أَنَّ الْأُخْتَ وَالْخَالََةَ أَحَقُّ مِنَ
الْأَبِ . فَعَلِيَ هَذَا ، يَحْتَمِلُ أَنْ تَكُونَ الْخَالَةُ أَحَقَّ مِنْ أُمِّ الْأَبِ . وَهُوَ قَوْلُ الشَّافِعِيِّ الْقَدِيمِ ؛
لَأَنَّهَا تُدْلِي بِأُمِّ ، وَأُمُّ الْأَبِ تُدْلِي بِهِ^(٤) ، فَقَدَّمَ مَنْ يُدْلِي بِالأُمِّ ، كَتَقْدِيمِ أُمِّ الأُمِّ عَلَى أُمِّ
الْأَبِ ، وَلَأنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَضَى بَيْنَتِ حَمْرَةَ لَخَالَتِهَا ، وَقَالَ : « الْخَالَةُ أُمٌّ » . وَلَنَا ، أَنَّ أُمَّ
الْأَبِ جَدَّةٌ وَارِثَةٌ ، فَقَدَّمَتْ عَلَى الْخَالَةِ ، كَأُمِّ الأُمِّ ، وَلَأنَّ لَهَا وَلَادَةً وَوَرَاثَةً ، فَأَشْبَهَتْ أُمَّ
الأُمِّ . فَأَمَّا الْحَدِيثُ ، فَيَدُلُّ عَلَى أَنَّ لِلْخَالَةِ حَقًّا فِي الْجُمْلَةِ ، وَلَيْسَ النَّزَاعُ فِيهِ ، إِنَّمَا النَّزَاعُ
فِي التَّرْجِيحِ عِنْدَ الْجَمَاعِ . وَقَوْلُهُمْ : تُدْلِي بِأُمِّ . قُلْنَا : لَكِنْ لَا وَلَادَةَ لَهَا ، فَيُقَدَّمُ عَلَيْهَا مَنْ
لَهُ وَلَادَةٌ ، كَتَقْدِيمِ أُمِّ الأُمِّ عَلَى الْخَالَةِ . فَعَلِيَ هَذَا ، مَتَى وَجِدَتْ جَدَّةٌ وَارِثَةٌ ، فَهِيَ أَوْلَى
مِمَّنْ هُوَ مِنْ غَيْرِ عَمُودِي النَّسَبِ بِكُلِّ حَالٍ وَإِنْ عَلَتْ دَرَجَتُهَا ؛ لِفَضِيلَةِ الْوِلَادَةِ
وَالْوَرَاثَةِ ، فَأَمَّا أُمُّ أَبِي الأُمِّ ، فَلَا حَضَانَةَ لَهَا ؛ لِأَنَّهَا تُدْلِي بِأَبِي الأُمِّ ، وَلَا حَضَانَةَ لَهُ^(٥) ، وَلَا
لِمَنْ^(٥) أَذْلَى بِهِ .

فصل : فَإِنْ اجْتَمَعَتْ أُمُّ أُمِّ وَأُمُّ أَبِي ، فَأُمُّ الأُمِّ أَحَقُّ ، وَإِنْ عَلَتْ دَرَجَتُهَا ؛ لِأَنَّ لَهَا
وَلَادَةً ، وَهِيَ تُدْلِي بِالأُمِّ الَّتِي تُقَدَّمُ عَلَى الْأَبِ ، فَوَجَبَ تَقْدِيمُهَا عَلَيْهَا ، كَتَقْدِيمِ الأُمِّ عَلَى
الْأَبِ . وَعَنْ أَحْمَدَ أَنَّ أُمَّ الْأَبِ أَحَقُّ . وَهُوَ قِيَاسُ قَوْلِ الْخِرَقِيِّ ؛ لِأَنَّهُ قَدَّمَ خَالََةَ الْأَبِ عَلَى
خَالَةِ الأُمِّ ، وَخَالََةَ الْأَبِ أُخْتُ أُمِّهِ ، وَخَالََةُ الأُمِّ أُخْتُ أُمِّهَا ، فَإِذَا قَدَّمَ

(٣) فِي ب : « الْعَقْد » .

(٤) سَقَطَ مِنْ : ب .

(٥) فِي أ ، م : « مِنْ » .

أُخْتُ أُمِّ الْأَبِ ، دَلَّ عَلَى تَقْدِيمِهَا ، وَذَلِكَ لِأَنَّهَا تُدْلِي بِعَصَبِيَّةٍ ، مَعَ مُسَاوَاتِهَا لِلْأُخْرَى فِي الْوِلَادَةِ ، فَوَجِبَ تَقْدِيمُهَا ، كَتَقْدِيمِ الْأُخْتِ مِنَ الْأَبِ عَلَى الْأُخْتِ مِنَ الْأُمِّ ، وَإِنَّمَا قُدِّمَتْ / الْأُمُّ عَلَى الْأَبِ ؛ لِأَنَّهَا أُتْنِي ^(٦) تَلَى الْحِصَانَةَ بِنَفْسِهَا ، فَكَذَلِكَ أُمُّهُ ، فَإِنَّهَا أُتْنِي تَلَى بِنَفْسِهَا ، فَقُدِّمَتْ لِمَا ذَكَرْنَاهُ .

ظ ٢٠٧/٨

١٤٠٣ - مسألة : قال : (وَالْأُخْتُ مِنَ الْأَبِ أَحَقُّ مِنَ الْأُخْتِ مِنَ الْأُمِّ ، وَأَحَقُّ مِنَ الْخَالَةِ)

وجملته أنه إذا عُدِمَ مَنْ يَسْتَحِقُّ الْحِصَانَةَ ، مِنَ الْآبَاءِ وَالْأُمَّهَاتِ وَإِنْ عَلَوْا ، انْتَقَلَتْ إِلَى الْأُخُوتِ ، وَقُدِّمَ عَلَى سَائِرِ الْقَرَابَاتِ ، كَالْخَالَاتِ وَالْعَمَّاتِ وَغَيْرِهِنَّ ؛ لِأَنَّهُنَّ شَارَكْنَ فِي النَّسَبِ ، وَقُدِّمَ فِي الْمِيرَاثِ ، وَلِأَنَّ الْعَمَّاتِ وَالْخَالَاتِ إِنَّمَا يُدْلِينَ بِأُخُوتِ الْآبَاءِ وَالْأُمَّهَاتِ ، وَلَا مِيرَاثَ لَهُنَّ مَعَ ذِي فَرْضٍ وَلَا عَصَبِيَّةٍ ، فَالْمُدْلِي إِلَى نَفْسِ الْمَكْفُولِ وَيَرِثُهُ ، أَقْرَبُ وَأَشْفَقُ ، فَكَانَ أَوْلَى . وَأَوْلَى الْأُخُوتِ مَنْ كَانَ لِأَبَوَيْنِ ، لِقُوَّةِ قَرَابَتِهَا ، ^(١) ثُمَّ مَنْ كَانَ لِأَبٍ ^(٢) ، ثُمَّ مَنْ كَانَ لِأُمٍّ ، نَصَّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ ، وَهُوَ ظَاهِرُ مَذْهَبِ الشَّافِعِيِّ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : الْأُخْتُ مِنَ الْأُمِّ أَوْلَى مِنَ الْأُخْتِ مِنَ الْأَبِ . وَهُوَ قَوْلُ الْمُزْنِيِّ ، وَابْنِ سُرَيْجٍ ؛ لِأَنَّهَا أَذَلَّتْ بِالْأُمِّ ، فَقُدِّمَتْ عَلَى الْمُدْلِيَةِ بِالْأَبِ ، كَأُمِّ الْأُمِّ مَعَ أُمِّ الْأَبِ . وَقَالَ ابْنُ سُرَيْجٍ : تُقَدَّمُ الْخَالَةُ عَلَى الْأُخْتِ مِنَ الْأَبِ ؛ لِذَلِكَ . وَلِأَبِي حَنِيفَةَ فِيهِ ^(٣) رَوَايَتَانِ . وَلَنَا ، أَنَّ الْأُخْتِ مِنَ الْأَبِ أَقْوَى فِي الْمِيرَاثِ ، فَقُدِّمَتْ ، كَالْأُخْتِ مِنَ الْأَبَوَيْنِ ، وَلَا تُخْفَى قُوَّتُهَا ، فَإِنَّهَا أُقِيمَتْ مُقَامَ الْأُخْتِ مِنَ الْأَبَوَيْنِ عِنْدَ عَدَمِهَا ، وَتَكُونُ عَصَبَةً مَعَ الْبَنَاتِ ، وَتُقَاسِمُ الْجَدَّ ، وَمَا ذَكَرُوهُ مِنَ الْإِذْلَاءِ لَا يَلْزَمُ ؛ لِأَنَّ الْأُخْتِ تُدْلِي بِنَفْسِهَا ؛ لِكُونِهَا خُلُقًا مِنْ مَاءٍ وَاحِدٍ ، وَلَهَا ^(٤) تَعْصِيبٌ ، فَكَانَتْ أَوْلَى . وَاللَّهُ أَعْلَمُ .

(٦) فِي ١ ، م : « التَّى » .

(١ - ١) سَقَطَ مِنْ : ب .

(٢) سَقَطَ مِنْ : ب .

(٣) فِي ب ، م : « وَلَهَا » .

١٤٠٤ - مسألة ؛ قال : (وَحَالَةُ الْأَبِ أَحَقُّ مِنْ حَالَةِ الْأُمِّ)

وجملته أنه إذا عُدِمَتِ الأمّهات والآباء والأخوات ، انتقلت الحضانة إلى الخالات ، ويُقدَّمَن على العمّات . نصَّ عليه أحمد . وَيَحْتَمِلُ ^(١) كَلَامُ الْخِرَقِيِّ تَقْدِيمَ الْعَمَّاتِ ؛ لَأَنَّهُ قَدَّمَ حَالَةَ الْأَبِ ، وَهِيَ أَوْلَى أُمِّهِ ، عَلَى حَالَةِ الْأُمِّ ، وَهِيَ أَوْلَى أُمِّهَا ، فَيَدُلُّ ذَلِكَ عَلَى تَقْدِيمِ قَرَابَةِ الْأَبِ عَلَى قَرَابَةِ الْأُمِّ ، وَلَأَنَّهُنَّ يُذَلِّلْنَ بَعْصِيَّةً ، فَقَدَّمَن ، كَتَقْدِيمِ الْأُخْتِ مِنَ الْأَبِ عَلَى الْأُخْتِ مِنَ الْأُمِّ . وقال القاضي : مُرَادُ الْخِرَقِيِّ بِقَوْلِهِ : حَالَةُ الْأَبِ . أَيْ الْحَالَةُ مِنَ الْأَبِ تُقَدَّمُ عَلَى الْحَالَةِ مِنَ الْأُمِّ ، كَتَقْدِيمِ الْأُخْتِ مِنَ الْأَبِ عَلَى الْأُخْتِ مِنَ الْأُمِّ ؛ لِأَنَّ الْخَالَاتِ أَخَوَاتُ الْأُمِّ ، فَيَجْرَيْنَ فِي الْأَسْتِحْقَاقِ وَالتَّقْدِيمِ فِيمَا ^(٢) بَيْنَهُنَّ مَجْرَى الْأَخَوَاتِ الْمُفْتَرِقَاتِ ، وَكَذَلِكَ الْحُكْمُ فِي الْعَمَّاتِ الْمُفْتَرِقَاتِ . فَإِنْ قُلْنَا بِتَقْدِيمِ ^(٣) / الخالات ، فَإِذَا انْقَرَضَتِ فَالْعَمَّاتُ بَعْدَهُنَّ ، وَإِنْ قُلْنَا بِتَقْدِيمِ الْعَمَّاتِ ، فَالْخَالَاتُ بَعْدَهُنَّ ، فَإِذَا عُدِمَتِ ، انْتَقَلَتْ إِلَى خَالَاتِ الْأَبِ ، عَلَى قَوْلِ الْخِرَقِيِّ ، وَعَلَى الْقَوْلِ الْآخَرِ ، إِلَى خَالَاتِ الْأُمِّ . وَهَلْ يُقَدَّمُ خَالَاتُ الْأَبِ عَلَى عَمَّاتِهِ ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ ، بِنَاءً عَلَى مَا ذَكَرْنَا فِي الْخَالَاتِ وَالْعَمَّاتِ . فَأَمَّا عَمَّاتُ الْأُمِّ ، فَلَا حَضَانَةَ لَهُنَّ ؛ لِأَنَّهُنَّ يُذَلِّلْنَ بِأَبِي الْأُمِّ ، وَهُوَ رَجُلٌ مِنْ ذَوِي الْأَرْحَامِ ، لَا حَضَانَةَ لَهُ ، وَلَا لِمَنْ أَدْلَى بِهِ .

٢٠٨/٨ و

فصل : وَلِلرِّجَالِ مِنَ الْعَصَبَاتِ مَدْخَلٌ فِي الْحَضَانَةِ ، وَأَوَّلَاهُمْ الْأَبُ ، ثُمَّ الْجَدُّ أَبُو الْأَبِ وَإِنْ عَمَّا ، ثُمَّ الْأَخُ مِنَ الْأَبَوَيْنِ ، ثُمَّ الْأَخُ مِنَ الْأَبِ ، ثُمَّ بَنُوهُمْ وَإِنْ سَفَلُوا ، عَلَى تَرْتِيبِ الْمِيرَاثِ ، ثُمَّ الْعُمُومَةُ ، ثُمَّ بَنُوهُمْ كَذَلِكَ ، ثُمَّ عُمُومَةُ الْأَبِ ، ثُمَّ بَنُوهُمْ . وَهَذَا قَوْلُ الشَّافِعِيِّ . وَقَالَ بَعْضُ أَصْحَابِهِ : لَا حَضَانَةَ لِغَيْرِ الْآبَاءِ وَالْأَجْدَادِ ؛ لِأَنَّهُمْ لَا مَعْرِفَةَ لَهُمْ بِالْحَضَانَةِ ، وَلَا لَهُمْ وِلَايَةٌ بَأَنْفُسِهِمْ ، فَلَمْ يَكُنْ لَهُمْ حَضَانَةٌ ، كَالْأَجَانِبِ . وَلَنَا ،

(١) فِي ب : « وَيَحْتَمِلُ » .

(٢) فِي ب : « عَلَى مَا » .

(٣) فِي ب : « بِتَقْدِيمِ » .

أَنْ عَلِيًّا وَجَعَفَرًا اخْتَصَمَا فِي حَضَانَةِ ابْنَةِ حَمْزَةَ ، فَلَمْ يُنْكَرْ عَلَيْهِمَا^(٤) النَّبِيُّ ﷺ ادِّعَاءَ الْحَضَانَةِ^(٥) . وَلَئِنْ لَهُمْ وَلَايَةٌ وَتُعْصِييَا بِالْقَرَابَةِ ، فَتَثْبُتْ لَهُمُ الْحَضَانَةُ ، كَالْأَبِ وَالْجَدِّ ، وَفَارَقَ الْأَجَانِبَ ؛ فَإِنَّهُمْ لَيْسَتْ لَهُمْ قَرَابَةٌ وَلَا شَفَقَةٌ ، وَلَئِنْ الْأَجَانِبَ تَسَاوَوْا فِي عَدَمِ الْقَرَابَةِ ، فَلَيْسَ وَاحِدٌ مِنْهُمْ أَوْلَى بِالتَّقْدِيمِ مِنَ الْآخِرِ ، وَالْعَصَبَاتُ لَهُمْ قَرَابَةٌ يَمْتَازُونَ بِهَا ، وَأَحَقُّهُمْ بِالْحَضَانَةِ أَحَقُّهُمْ بِالْمِيرَاثِ بَعْدَ الْآبَاءِ وَالْأَجْدَادِ ، وَيَقُومُونَ مَقَامَ الْأَبِ فِي التَّخْيِيرِ لِلصَّبِيِّ بَيْنَهُ وَبَيْنَ الْأُمِّ ، أَوْ غَيْرِهَا^(٦) مِمَّنْ لَهُ الْحَضَانَةُ مِنَ النِّسَاءِ ، وَيَكُونُونَ أَحَقَّ بِالْجَارِيَةِ إِذَا بَلَغَتْ سَبْعًا ، إِلَّا ابْنَ الْعَمِّ ، فَإِنَّ الْجَارِيَةَ لَا تُسَلَّمُ إِلَيْهِ إِذَا بَلَغَتْ سَبْعًا ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ بِمَحْرَمٍ لَهَا .

فصل : فَاَمَّا الرِّجَالُ مِنْ ذَوِي الْأَرْحَامِ ، كَالْخَالَ ، وَالْأَخِ مِنَ الْأُمِّ ، وَأَبِي الْأُمِّ ، وَابْنِ الْأُخْتِ ، فَلَا حَضَانَةَ لَهُمْ مَعَ وُجُودِ أَحَدٍ مِنْ أَهْلِ الْحَضَانَةِ سِوَاهُمْ ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ بِامْرَأَةٍ يَتَوَلَّى الْحَضَانَةَ ، وَلَا لَهُ قُوَّةُ قَرَابَةٍ كَالْعَصَبَاتِ ، وَلَا حَضَانَةٌ^(٧) لِمَنْ^(٨) يُذَلِّي بِهِمْ ، كَأُمِّ أُمِّ الْأُمِّ ، وَابْنَةِ الْخَالَ ، وَابْنَةِ الْأَخِ مِنَ الْأُمِّ ؛ لِأَنَّهُنَّ يُذَلِّلْنَ بِمَنْ لَا حَضَانَةَ لَهُ ، فَإِذَا لَمْ تَثْبُتْ لِلْمُذَلَّى بِهِ^(٩) ، فَلِلْمُذَلِّلِينَ بِهِ أَوْلَى . فَإِنْ لَمْ يَكُنْ هُنَاكَ غَيْرُهُمْ ، اخْتَمَلَ وَجْهَيْنِ ؛ أَحَدُهُمَا ، هُمُ أَوْلَى ؛ لِأَنَّ لَهُمْ رَحِمًا وَقَرَابَةً يَرْتُونَ بِهَا عِنْدَ عَدَمِ مَنْ هُوَ أَوْلَى مِنْهُمْ ، كَذَلِكَ الْحَضَانَةُ تَكُونُ لَهُمْ عِنْدَ عَدَمِ مَنْ هُوَ أَوْلَى بِهَا مِنْهُمْ . / وَالثَّانِي ، لَا حَقَّ لَهُمْ فِي الْحَضَانَةِ ، وَيُنْتَقَلُ الْأَمْرُ إِلَى الْحَاكِمِ . وَالْأَوَّلُ أَوْلَى .

فصل : فِي بَيَانِ الْأَوَّلَى فَالْأَوَّلَى مِنْ أَهْلِ الْحَضَانَةِ ، عِنْدَ اجْتِمَاعِ الرِّجَالِ وَالنِّسَاءِ .

(٤) فِي ب ، م : « عَلَيْهِمَا » .

(٥) تَقْدِمُ تَخْرِيجُهُ ، فِي صَفْحَةِ ٤٢١ .

(٦) فِي ب : « غَيْرِهَا » .

(٧) فِي أ ، م ، زِيَادَةٌ : « إِلَّا » .

(٨) فِي ب ، م : « بِمَنْ » .

(٩) سَقَطَ مِنْ : م .

أُولَى الْكُلِّ بِهَا الْأُمُّ ، ثُمَّ أُمُّهَاثُهَا وَإِنْ عَلَوْنَ ، يُقَدَّمُ مِنْهُنَّ الْأَقْرَبُ فَلِأَقْرَبُ ؛ لِأَنَّهُنَّ نِسَاءٌ وَلَا ذَنْهَنَّ مُتَحَقِّقَةٌ ، فَهِيَ فِي مَعْنَى الْأُمِّ . وَعَنْ أَحْمَدَ : أَنَّ أُمَّ الْأَبِ وَأُمَّهُاتِهَا مُقَدَّمَاتٌ ^(١٠) عَلَى أُمِّ الْأُمِّ . فَعَلَى هَذِهِ الرِّوَايَةِ ، يَكُونُ الْأَبُ أُولَى بِالْتَّقْدِيمِ ؛ لِأَنَّهُنَّ يُدْلِلْنَ بِهِ ، فَيَكُونُ الْأَبُ بَعْدَ الْأُمِّ ، ثُمَّ أُمُّهَاثُهَا . وَالْأُولَى هِيَ الْمَشْهُورَةُ عِنْدَ أَصْحَابِنَا ، وَأَنَّ الْمُقَدَّمَ الْأُمُّ ، ثُمَّ أُمُّهَاثُهَا ، ثُمَّ الْأَبُ ، ثُمَّ أُمُّهَاثُهَا ، ثُمَّ الْجَدُّ ، ثُمَّ أُمُّهَاثُهَا ، ثُمَّ جَدُّ الْأَبِ ، ثُمَّ أُمُّهَاثُهَا وَإِنْ كُنَّ غَيْرَ وَارِثَاتٍ ؛ لِأَنَّهُنَّ يُدْلِلْنَ بِعَصَبِيَّةٍ مِنْ أَهْلِ الْحَضَانَةِ ، بِخِلَافِ أُمِّ أَبِي الْأُمِّ . وَحُكِيَ عَنْ أَحْمَدَ رِوَايَةً أُخْرَى ؛ أَنَّ الْأُخْتَ مِنَ الْأُمِّ وَالْخَالَاتِ أَحَقُّ مِنَ الْأَبِ . فَتَكُونُ الْأُخْتُ مِنَ الْأَبَوَيْنِ أَحَقُّ مِنْهُمَا وَمِنْهُمَا وَمِنْ جَمِيعِ الْعَصَبَاتِ . وَالْأُولَى هِيَ الْمَشْهُورَةُ فِي الْمَذْهَبِ . فَإِذَا انْقَرَضَ الْآبَاءُ وَالْأُمُّهَاتُ ، انْتَقَلَتِ الْحَضَانَةُ إِلَى الْأَخَوَاتِ ، وَتُقَدَّمُ الْأُخْتُ مِنَ الْأَبَوَيْنِ ، ثُمَّ الْأُخْتُ مِنَ الْأَبِ ، ثُمَّ الْأُخْتُ مِنَ الْأُمِّ ، وَتُقَدَّمُ الْأُخْتُ عَلَى الْأَخِ ؛ لِأَنَّهَا امْرَأَةٌ مِنْ أَهْلِ الْحَضَانَةِ ، فَقُدِّمَتْ عَلَى مَنْ فِي دَرَجَتِهَا مِنَ الرِّجَالِ ، كَالْأُمِّ تُقَدَّمُ عَلَى الْأَبِ ، وَأُمُّ الْأَبِ عَلَى أَبِي الْأَبِ ، وَكُلُّ جَدَّةٍ فِي دَرَجَةِ جَدِّ تُقَدَّمُ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّهَا تَلِي الْحَضَانَةَ بِنَفْسِهَا ، وَالرَّجُلُ لَا يَلِيهَا بِنَفْسِهِ . وَفِيهِ وَجْهٌ آخَرُ ، أَنَّهُ يُقَدَّمُ عَلَيْهَا ؛ لِأَنَّهُ عَصَبَةٌ بِنَفْسِهِ . وَالْأَوَّلُ أُولَى . وَفِي تَقْدِيمِ الْأُخْتِ مِنَ الْأَبَوَيْنِ ، أَوْ مِنَ الْأَبِ عَلَى الْجَدِّ ، وَجْهَانِ . وَإِذَا لَمْ تَكُنْ أُخْتُ ، فَلَا تُخُ لِلْأَبَوَيْنِ أُولَى ، ثُمَّ الْأَخُ لِلْأَبِ ، ثُمَّ أَبْنَاؤُهُمَا ، وَلَا حَضَانَةُ لِلْأَخِ لِلْأُمِّ ؛ لِمَا ذَكَرْنَا . فَإِذَا عُدِمُوا ، صَارَتِ الْحَضَانَةُ لِلْخَالَاتِ ، عَلَى الصَّحِيحِ ، وَتُرْتَبِيهِنَّ فِيهَا كَتَرْتِيبِ الْأَخَوَاتِ . وَلَا حَضَانَةَ لِلْأَخَوَالِ ، فَإِذَا عُدِمْنَ ^(١١) صَارَتِ لِلْعَمَّاتِ ، وَيُقَدَّمْنَ عَلَى الْأَعْمَامِ ، كَتَقْدِيمِ الْأَخَوَاتِ عَلَى الْإِخْوَةِ ، ثُمَّ لِلْعَمِّ لِلْأَبَوَيْنِ ، ثُمَّ لِلْعَمِّ لِلْأَبِ ، وَلَا حَضَانَةَ لِلْعَمِّ ^(١٢) مِنَ الْأُمِّ ^(١٢) ، ثُمَّ أَبْنَاؤُهُمَا ، ثُمَّ إِلَى خَالَاتِ الْأَبِ ، عَلَى قَوْلِ الْخِرَقِيِّ ، وَعَلَى الْقَوْلِ ^(١٣) الْآخَرِ ، إِلَى خَالَاتِ الْأُمِّ ، ثُمَّ إِلَى عَمَّاتِ الْأَبِ ، وَلَا حَضَانَةَ

(١٠) فِي الْأَصْلِ : « مُتَقَدِّمَاتٌ » .

(١١) فِي ب : « عَدِمَتْ » .

(١٢-١٢) فِي أ : « لِلْأُمِّ » .

(١٣) فِي م : « قَوْلٌ » .

لَعَمَاتِ الْأُمِّ ؛ لِأَنَّهُنَّ يُدْلِلْنَ بِأَيِّ (١٤) الْأُمِّ ، وَلَا حَضَانَةَ لَهُ . وَإِنْ اجْتَمَعَ شَخْصَانِ أَوْ أَكْثَرُ مِنْ أَهْلِ الْحَضَانَةِ فِي دَرَجَةٍ ، قُدِّمَ الْمُسْتَحِقُّ مِنْهُمْ بِالْقُرْعَةِ .

فصل : وإن / تَرَكَّتِ الْأُمُّ الْحَضَانَةَ مَعَ اسْتِحْقَاقِهَا لَهَا ، ففِيهِ وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، تَنْتَقِلُ إِلَى الْأَبِّ ؛ لِأَنَّ أُمَّهُاتِهَا فَرَعٌ عَلَيْهَا فِي الْاسْتِحْقَاقِ ، فَإِذَا اسْقَطَتْ حَقَّهَا ، سَقَطَ فُرُوعُهَا . وَالثَّانِي ، تَنْتَقِلُ إِلَى أُمَّهُاتِهَا (١٥) وَهُوَ أَصَحُّ ؛ لِأَنَّ الْأَبَّ أَبْعَدُ ، فَلَا تَنْتَقِلُ الْحَضَانَةُ إِلَيْهِ مَعَ وُجُودِ أَقْرَبٍ مِنْهُ ، كَمَا لَا تَنْتَقِلُ إِلَى الْأُخْتِ ، وَكَوْنُهُنَّ فُرُوعًا (١٦) لَهَا ، لَا يُوجِبُ سَقُوطَ حُقُوقِهِنَّ بِسَقُوطِ حَقِّهَا ، كَمَا لَوْ سَقَطَ (١٧) حَقُّهَا لَكَوْنِهَا مِنْ غَيْرِ أَهْلِ الْحَضَانَةِ ، أَوْ لَتَزَوَّجَهَا . وَهَكَذَا الْحُكْمُ فِي الْأَبِّ إِذَا اسْقَطَ حَقَّهُ ، هَلْ يَسْقُطُ حَقُّ أُمَّهُاتِهِ ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ . وَإِنْ كَانَتْ أُخْتُ مِنْ أَبَوَيْنِ ، وَأُخْتُ مِنْ أَبِي ، فَاسْقَطَتِ الْأُخْتُ مِنَ الْأَبَوَيْنِ حَقَّهَا ، لَمْ يَسْقُطْ حَقُّ الْأُخْتِ مِنَ الْأَبِّ ؛ لِأَنَّ اسْتِحْقَاقَهَا مِنْ غَيْرِ جِهَتِهَا ، وَلَيْسَتْ فُرْعًا عَلَيْهَا .

١٤٠٥ - مَسْأَلَةٌ ؛ قَالَ : (وَإِذَا أَخَذَ الْوَلَدُ مِنَ الْأُمِّ إِذَا تَزَوَّجَتْ ، ثُمَّ طَلَّقَتْ ، رَجَعَتْ عَلَى حَقِّهَا مِنْ كِفَالَتِهِ)

وَهَذَا قَالَ الشَّافِعِيُّ ، وَأَبُو ثَوْرٍ ، وَأَصْحَابُ الرَّأْيِ ، إِلَّا أَنَّ أَبَا حَنِيفَةَ وَالْمُزَنِّيَّ قَالَا (١) : إِنْ كَانَ الطَّلَاقُ رَجْعِيًّا ، لَمْ يَعُدَّ حَقُّهَا ؛ لِأَنَّ الزَّوْجِيَّةَ (٢) قَائِمَةٌ ، فَأُشْبِهَ مَا لَوْ كَانَتْ فِي صُلْبِ النِّكَاحِ . وَلَنَا ، أَنَّهَا مُطَلَّقَةٌ ، فَعَادَ حَقُّهَا مِنَ الْحَضَانَةِ ، كَالْبَائِنِ . وَقَوْلُهُمْ : إِنَّهَا زَوْجَةٌ . قُلْنَا : إِلَّا أَنَّهُ قَدْ عَزَلَهَا عَنْ فِرَاشِهِ ، وَلَمْ يَبْقَ لَهَا عَلَيْهِ قَسَمٌ ، وَلَا لَهَا بِهِ شُغْلٌ ، وَعُقِدَ

(١٤) فِي م : د بَاب .

(١٥) فِي أ ، ب ، م : د أُمُّهَا .

(١٦) فِي م : د فُرُوعُهَا ، خَطَأً .

(١٧) فِي ب : د اسْقَطَ .

(١) فِي م : د قَالَ .

(٢) فِي م : د الزَّوْجَةُ .

سَبَبُ زَوَالِ نِكَاحِهَا ، فَأَشْبَهَتْ ^(٣) الْبَائِنَ فِي عِدَّتِهَا . وَيُخْرِجُ عِنْدَنَا مِثْلُ قَوْلِهِمَا ^(٤) ،
لِكَوْنِ النِّكَاحِ قَبْلَ الدُّخُولِ مُزِيلًا لِحَقِّ الْحِضَانَةِ ، مَعَ عَدَمِ الْقَسَمِ وَالشُّغْلِ بِالزَّوْجِ .

فصل : وَكُلُّ قَرَابَةٍ تُسْتَحَقُّ بِهَا الْحِضَانَةُ ، مَنَعَ مِنْهَا مَانِعٌ ، كَرَقٍّ ، أَوْ كُفْرٍ ، أَوْ
فُسْقٍ ^(٥) ، أَوْ جُنُونٍ ، أَوْ صِبَرٍ ، إِذَا زَالَ الْمَانِعُ ، مِثْلُ أَنْ عَتَقَ الرَّقِيقُ ، وَأَسْلَمَ الْكَافِرُ ،
وَعَدَلَ الْفَاسِقُ ، وَعَقَلَ الْمَجْنُونُ ، وَبَلَغَ الصَّغِيرُ ، عَادَ حَقُّهُمْ مِنَ الْحِضَانَةِ ؛ لِأَنَّ سَبَبَهَا
قَائِمٌ ، وَإِنَّمَا امْتَنَعَتْ لِمَانِعٍ ، فَإِذَا زَالَ الْمَانِعُ ، عَادَ الْحَقُّ بِالسَّبَبِ السَّابِقِ الْمُلَازِمِ ،
كَالزَّوْجَةِ إِذَا طُلِّقَتْ .

١٤٠٦ - مسألة ؛ قال : (وَإِذَا تَزَوَّجَتِ الْمَرْأَةُ ، فَلَزَوَّجِهَا أَنْ يَمْنَعَهَا مِنْ ^(١)
رِضَاعِ وَلَدِهَا ، إِلَّا أَنْ يُضْطَرَّ إِلَيْهَا ، وَيُخْشَى عَلَيْهِ التَّلَفُ)

وجملة ذلك أن للزوج منع امرأته من رِضَاعِ وَلَدِهَا مِنْ غَيْرِهِ ، وَمِنْ رِضَاعِ وَلَدٍ غَيْرِهَا ،
إِلَّا أَنْ يُضْطَرَّ إِلَيْهَا ؛ لِأَنَّ عَقْدَ النِّكَاحِ يَقْتَضِي تَمْلُكَ ^(٢) الزَّوْجِ الْاِسْتِمْتَاعَ فِي كُلِّ
الزَّمَانِ ، مِنْ كُلِّ الْجِهَاتِ ، سِوَى أَوْقَاتِ الصَّلَوَاتِ ، وَالرِّضَاعُ يُفَوِّتُ عَلَيْهِ الْاِسْتِمْتَاعَ
٢٠٩/٨ ظ في / بعض الأوقات ، فَكَانَ لَهُ الْمَنْعُ كَالْخُرُوجِ مِنْ مَنْزِلِهِ . فَإِنْ اضْطُرَّ الْوَلَدُ
إِلَيْهَا ^(٣) ، بِأَنْ لَا تَوْجَدَ مُرْضِعَةً سِوَاهَا ، أَوْ لَا يَقْبَلُ الْوَلَدُ الْاِرْتِضَاعَ مِنْ غَيْرِهَا ، وَجَبَ
الْتِمَكِينُ مِنْ إِرْضَاعِهِ ؛ لِأَنَّهَا حَالُ ضَرُورَةٍ ، وَحِفْظُ لِنَفْسِ وَلَدِهَا ، فَقُدِّمَ عَلَى حَقِّ
الزَّوْجِ ، كَتَقْدِيمِ الْمُضْطَرِّ عَلَى الْمَالِكِ إِذَا لَمْ يَكُنْ بِالْمَالِكِ مِثْلَ ضَرُورَتِهِ .

فصل : فَإِنْ أَرَادَتْ إِرْضَاعَ وَلَدِهَا مِنْهُ ، فَكَلَامُ الْخِرَقِيِّ يَحْتَمِلُ وَجْهَيْنِ ؛

(٣) فِي الْأَصْلِ : « فَأَشْبَهَ » .

(٤) فِي ب : « قَوْلُهُمَا » .

(٥) فِي أ ، ب ، م : « فُسُوقٍ » .

(١) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ .

(٢) فِي أ ، ب ، م : « تَمْلِكُ » .

(٣) سَقَطَ مِنْ : أ ، ب ، م .

أحدهما ، أن له منعه من رضاعه ؛ لعموم لفظه . وهو قول الشافعي ؛ لأنه يُخل باستمتاعه منها ، فأشبهه ما لو كان الولد من غيره . والثاني ، ليس له منعه ؛ فإنه قال : وإن أرادت رضاع ولدها بأجرة مثلها ، فهي أحق به من غيرها ، سواء كانت في حبال الزوج أو مطلقة ، وذلك لقول الله تعالى : ﴿ وَالْوَلَدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَدَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ ﴾^(٤) . وهذا خبر يُراد به الأمر^(٥) ، وهو عام في كل والدية ، ولا يصح من أصحاب الشافعي حملُه على المطلقات ؛ لأنه جعل لهنَّ رزقهنَّ وكسوتهنَّ ، وهم لا يُجيزون جعل ذلك أجر الرضاع ولا غيره . وقولنا ، في الوجه الأول : إنه يُخل باستمتاعه . قلنا : ولكن لإيفاء حق عليه ، وليس ذلك مُمتنعاً ، كما أن قضاء دينه بدفع ماله فيه واجب ، سيما إذا تعلَّق به حق الولد ، في كونه مع أمه ، وحق^(٦) الأم في الجمع^(٧) بينها^(٨) وبين ولدها . وهذا الوجه ظاهر كلام ابن أبي موسى ، والأول^(٩) ظاهر كلام القاضي أبي يعلى .

فصل : وإن أجرت المرأة نفسها للرضاع ، ثم تزوجت ، صحَّ النكاح ، ولم يملك الزوج فسخ الإجارة ، ولا^(٩) منعه من الرضاع حتى تنقضي المدة ؛ لأن منافعها ملكت بعقد سابق على نكاحه ، فأشبهه ما لو اشترى أمة مستأجرة ، أو داراً مشغولة . فإن نام الصبي ، أو اشتغل بغيرها ، فللزوج الاستمتاع ، وليس لولي الصبي منعه . وهذا قال الشافعي . وقال مالك : ليس له وطؤها إلا برضى^(١٠) الولي ؛ لأن ذلك ينقص اللبن . ولنا ، أن وطء الزوج مستحق بالعقد ، فلا يسقط بأمر مشكوك فيه ، كما لو أذن الولي

(٤) سورة البقرة ٢٣٣ .

(٥) في ١ ، ب ، م : « أمر » .

(٦-٦) في الأصل : « الجميع » .

(٧) في النسخ : « بينهما » .

(٨) في ١ ، ب ، م : « وهو » .

(٩) في م : « وله » .

(١٠) في م : « برضاء » .

فيه ، ولأنه يجوز له الوطء مع إذن الولي ، فجاز مع عدمه ؛ لأنه ليس للولي الإذن فيما يضر الصبي ، ويسقط حقوقه .

فصل : وإن أجرت المرأة المزوجة نفسها للرضاع ، بإذن زوجها ، جاز ، ولزم العقد ؛ لأن الحق لهما ، ولا يخرج عنهما . وإن أجرتها بغير إذن الزوج ، لم يصح ؛ لما يتضمن من تفويت حق زوجها . وهذا أحد الوجهين / لأصحاب الشافعي . والآخر ، يصح ؛ لأنه تناول محلاً غير محل النكاح ، لكن للزوج فسخه ؛ لأنه يفوت به الاستمتاع ويختل . ولنا ، أنه عقد يفوت به ^(١) حق من ثبت له الحق بعقد سابق ، فلم يصح ، كإجارة المستأجر .

١٤٠٧ - مسألة ؛ قال : (وعلى الأب أن يسترضع لولده ، إلا أن تشاء الأم أن ترضعه بأجرة مثلها ، فتكون أحق به من غيرها ، سواء كانت في جبال الزوج ، أو مطلقة)

الكلام في هذه المسألة في فصلين :

أولهما : أن رضاع الولد على الأب وحده ، وليس له إجبار أمه على رضاعه ، دنيئة كانت أو شريفة ، سواء كانت في جبال الزوج أو مطلقة . ولا نعلم في عدم إجبارها على ذلك إذا كانت مفارقةً خلافاً ، فأما إن كانت مع الزوج ، فكذلك عندنا ، وبه يقول الثوري ، والشافعي ، وأصحاب الرأي . وقال ابن أبي ^(١) ليلى ، والحسن ابن صالح : له إجبارها على رضاعه ^(٢) . وهو قول أبي ثور ، ورواية عن مالك ؛ لقول الله تعالى : ﴿ وَالْوَلَدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَدَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُتِمَّ الرَّضَاعَةَ ﴾ ^(٣) .

(١) سقط من : ١ .

(١) سقط من : م .

(٢) في م : (رضاعها) .

(٣) سورة البقرة ٢٣٣ .

والمشهور عن مالك ، أنها إن كانت شريفة لم تجر عادة مثلها بالرضاع لولدها ، لم تجبر عليه ، وإن كانت ممن ترضع في العادة ، أُجبرت عليه . ولنا ، قوله تعالى : ﴿ وَإِنْ تَعَاسَرْتُم فَاسْتَرْضِعْ لَهُ أُخْرَى ﴾ (٤) . وإذا اختلفا فقد تعاسرا ، ولأن الإجماع على الرضاع لا يخلو ، إما أن يكون لحق الولد ، أو لحق الزوج ، أو لهما ، لا يجوز أن يكون لحق الزوج ، فإنه لا يملك إجبارها على رضاع ولده من غيرها ، ولا على خدمته فيما يختص به . ولا يجوز أن يكون لحق الولد ، لأنه (٥) لو كان له ، للزيمها بعد الفرقة ، ولأنه مما يلزم الوالد لولده ، فلزم الأب على الخصوص ، كالنفقة ، أو كما بعد الفرقة . ولا يجوز أن يكون لهما ؛ لأن ما لا مناسبة فيه ، لا يثبت الحكم بانضمام بعضه إلى بعض ، ولأنه لو كان لهما ، لثبت الحكم به بعد الفرقة ، والآية محمولة على حال الإنفاق وعدم التعاسر .

الفصل الثاني : أن الأم إذا طلبت إرضاعه بأجر مثلها ، فهي أحق به ، سواء كانت في حال الزوجية أو بعدها ، وسواء وجد الأب مرضعة متبرعة (٦) أو لم يجد . وقال أصحاب الشافعي : إن كانت في جبال الزوج ، فلزوجها منعها من إرضاعه ؛ لأنه يفوت حق الاستمتاع / بها في بعض الأحيان ، وإن استأجرها على رضاعه ، لم يجر ؛ لأن المنافع حق له ، فلا يجوز أن يستأجر منها ما هو أو بعضه حق له . وإن أرضعت الولد ، فهل لها أجر المثل ؟ على وجهين . وإن كانت مطلقة ، فطلبت أجر المثل ، فأراد انتزاعه منها ليسلمه إلى من ترضعه بأجر المثل أو أكثر ، لم يكن له ذلك ، وإن وجد متبرعة ، أو من ترضعه بدون أجر المثل ، فله انتزاعه منها ، في ظاهر المذهب ؛ لأنه لا يلزمه التزام المؤنة مع دفع حاجة الولد بدونها . وقال أبو حنيفة : إن طلبت الأجر ، لم يلزم الأب (٧) بذله لها ، ولا يسقط حقها من الحضانية ، وتأتي المرضعة ترضعه

(٤) سورة الطلاق ٦ .

(٥) في م : « فإن ذلك » .

(٦) سقط من : ١ .

(٧-٧) في الأصل ، ا ، ب : « بذلها » . ويصح على أن يكون ما تقدم : « إن طلبت الأجرة » .

عندها ؛ لأنه أمكن الجمع بين الحقيقتين ، فلم يَجُز الإخلال بأحدهما . ولنا ، على الأول ، ما تقدم ، وعلى جواز الاستئجار ، أنه عقد إجارة يجوز مع ^(٨) غير الزوج إذا أذن فيه ، فجاز مع الزوج ، كإجارة نفسها للخياطة أو الخدمة . وقولهم : إن المنافع مملوكة له . غير صحيح ؛ فإنه لو ملك منفعة الحضنة ، لملك إجبارها عليها ، ولم تجز إجارة نفسها لغيره بإذنه ، ولكانت الأجرة له ، وإنما امتنعت ^(٩) إجارة نفسها لأجنبي بغير إذنه ، لما فيه من تفويت الاستمتاع في بعض الأوقات ، ولهذا جازت بإذنه ، وإذا استأجرها ، فقد أذن لها في إجارة نفسها ، فصح ، كما يصح من الأجنبي . وأما الدليل على وجوب تقديم الأم ، إذا طلبت أجر مثلها ، على المتبرعة ، فقوله تعالى : ﴿ وَالْوَلَدَاتُ يُرْضَعْنَ أَوْلَدَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُتِمَّ الرَّضَاعَةَ وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ ﴾ . وقوله سبحانه : ﴿ فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَارْتُوهُنَّ أَجُورَهُنَّ ﴾ ^(١٠) . ولأن الأم أحنى وأشفق ، ولبنها أمراً من لبن غيرها ، فكانت أحق به من غيرها ، كما لو طلبت الأجنبية رضاعه بأجر مثلها ، ولأن في رضاع غيرها تفويتاً لحق الأم من الحضنة ، وإضراراً بالولد ، ولا ^(١١) يجوز تفويت حق الحضنة الواجب ، والإضرار بالولد لغرض إسقاط ^(١٢) حق أوجهه الله تعالى على الأب . وقول أبي حنيفة يفضي إلى تفويت حق الولد من لبن أمه ، وتفويت [حق] الأم في إرضاعه لبنها ، فلم يَجُز ذلك ، كما لو تبرعت برضاعه . فأما إن طلبت الأم أكثر من أجر مثلها ، ووجد الأب من ترضيعه بأجر مثلها ، أو متبرعة ، جاز انتزاعه منها ؛ لأنها أسقطت حقها باشتراطها ، / وطلبها ما ليس لها ، فدخلت في عموم قوله : ﴿ فَسَرَّضِعْ لَهُ أُخْرَى ﴾ . وإن لم يجد

٢١١/٨ و

(٨) في م : من .

(٩) في الأصل ، ب : امتنع .

(١٠) سورة الطلاق ٦ .

(١١) سقطت الواو من : ١ ، م .

(١٢) سقط من : الأصل .

مُرْضِعَةً^(١٣) إِلَّا بِمِثْلِ تِلْكَ الْأَجْرَةِ ، فَلَا أُمُّ أَحَقُّ ؛ لِأَنَّهُمَا تَسَاوَتَا فِي الْأَجْرِ ، فَكَانَتِ الْأُمُّ أَحَقُّ ، كَمَا لَوْ طَلَبْتُ كُلَّ وَاحِدَةٍ مِنْهُمَا أَجْرَ مِثْلِهَا .

فصل : وَإِنْ طَلَبَتْ ذَاتُ الزَّوْجِ الْأَجْنَبِيُّ إِرْضَاعَ وَلَدِهَا ، بِأَجْرَةِ مِثْلِهَا ، بِإِذْنِ زَوْجِهَا ، ثَبَتَ حَقُّهَا ، وَكَانَتْ أَحَقُّ بِهِ مِنْ غَيْرِهَا ؛ لِأَنَّ الْأُمَّ إِنَّمَا مُنِعَتْ مِنَ الْإِرْضَاعِ لِحَقِّ الزَّوْجِ ، فَإِذَا أِذِنَ فِيهِ ، زَالَ الْمَانِعُ ، فَصَارَتْ كَغَيْرِ ذَاتِ الزَّوْجِ ، وَإِنْ مَنَعَهَا الزَّوْجُ ، سَقَطَ حَقُّهَا ؛ لِتَعَذُّرِ وُصُولِهَا إِلَى ذَلِكَ .

فصل : وَإِنْ أَرْضَعَتِ الْمَرْأَةُ وَلَدَهَا ، وَهِيَ فِي جِبَالٍ وَالِدِهِ ، فَاحْتَاجَتْ إِلَى زِيَادَةِ نَفَقَةٍ ، لَزِمَهُ ؛ لِقَوْلِ اللَّهِ تَعَالَى : ﴿ وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ ﴾^(١٤) . وَلِأَنَّهَا تَسْتَحِقُّ عَلَيْهِ قَدْرَ كِفَايَتِهَا ، فَإِذَا زَادَتْ حَاجَتُهَا ، زَادَتْ كِفَايَتُهَا . وَاللَّهُ أَعْلَمُ .

(١٣) فِي ب : « مِنْ يَرْضَعُهُ » .

(١٤) سُورَةُ الْبَقَرَةِ ٢٣٣ .

باب نفقة المماليك

١٤٠٨ - مسألة ؛ قال أبو القاسم : (وعلى مَلَاكِ الْمَمْلُوكِينَ أَنْ يُتَّفَقُوا عَلَيْهِمْ وَيَكْسُوهُمْ بِالْمَعْرُوفِ)

وجملة ذلك أن نفقة المملوكين على ملاكهم ثابتة بالسنة والإجماع ؛ أما السنة ، فما روى أبو ذر ، عن النبي ﷺ ، أنه قال : « إخوانكم خولكم ، جعلهم الله تحت أيديكم ، فمن كان أخوه تحت يده ، فليطعمه مما يأكل ، وليلبسه مما يلبس ، ولا تكلفوهم ما يغلبهم ، فإن كلفتموهم فأعينوهم عليه »^(١) . متفق عليه^(٢) . وروى أبو هريرة ، أن النبي ﷺ ، قال : « للمملوك طعامه وكسوته بالمعروف ، ولا يكلف من العمل ما لا يطيق » . رواه الشافعي ، في « مسنده »^(٣) . وأجمع العلماء على

(١) في الأصل زيادة : « له » .

(٢) سقط من : م .

(٣) أخرجه البخاري ، في : باب المعاصي من أمر الجاهلية ولا يكفر صاحبها بارتكابها إلا بالشرك ، من كتاب الإيمان . وفي : باب قول النبي ﷺ : « العبيد إخوانكم فأطعموهم مما تأكلون » ، من كتاب العتق . وفي : باب ما ينهى من السباب واللعن ، من كتاب الأدب . صحيح البخاري ١٤/١ ، ١٩٥/٣ ، ١٩/٨ . ومسلم ، في : باب إطعام المملوك مما يأكل واللباسه مما يلبس ولا يكلفه ما يغلبه ، من كتاب الإيمان . صحيح مسلم ١٢٨٣/٣ ، ١٣٨٢ . كما أخرجه أبو داود ، في : باب في حق المملوك ، من كتاب الأدب . سنن أبي داود ٦٣٢/٢ . والترمذي ، في : باب ما جاء في الإحسان إلى الخدم ، من أبواب البر والصلة . عارضة الأحوذى ١٢٦/٨ . وابن ماجه ، في : باب الإحسان إلى المماليك ، من كتاب الأدب . سنن ابن ماجه ١٢١٦/٢ ، ١٢١٧ . والإمام أحمد ، في : المسند ١٦١/٥ .

(٤) انظر : الباب الأول فيما جاء في العتق وحق المملوك ، من كتاب العتق . ترتيب المسند ٦٦/٢ . كما أخرجه مسلم ، في : باب إطعام المملوك مما يأكل واللباسه مما يلبس ولا يكلفه ما يغلبه ، من كتاب الإيمان . صحيح مسلم ١٢٨٤/٣ . والإمام مالك ، في : باب الأمر بالرفق بالمملوك ، من كتاب الاستعذان . الموطأ ٩٨٠/٢ . والإمام أحمد ، في : المسند ٢٤٧/٢ ، ٣٤٢ .

وَجُوبُ نَفَقَةِ الْمَمْلُوكِ عَلَى سَيِّدِهِ ، وَلأنَّهُ لَا بُدَّ لَهُ مِنْ نَفَقَةٍ ، وَمَنَافِعُهُ لِسَيِّدِهِ ، وَهُوَ أَخْصُ النَّاسِ بِهِ ، فَوَجَبَتْ نَفَقَتُهُ عَلَيْهِ ، كَبَهِيمَتِهِ . وَالوَاجِبُ مِنْ ذَلِكَ قَدْرُ كِفَايَتِهِ مِنْ غَالِبِ قُوَّةِ الْبَلَدِ ، سَوَاءً كَانَ قُوَّةَ سَيِّدِهِ ، أَوْ دُونَهُ ، أَوْ فَوْقَهُ ، وَأَدَمِ مِثْلُهُ بِالْمَعْرُوفِ ؛ لِقَوْلِهِ ﷺ : « لِلْمَمْلُوكِ طَعَامُهُ وَكُسُوتُهُ بِالْمَعْرُوفِ » . وَالْمُسْتَحَبُّ أَنْ يُطْعِمَهُ مِنْ جِنْسِ طَعَامِهِ ؛ لِقَوْلِهِ : « فَلْيُطْعِمْهُ مِمَّا يَأْكُلُ » . فَجَمَعْنَا بَيْنَ الْخَبَرَيْنِ ، وَحَمَلْنَا خَبَرَ أَبِي هُرَيْرَةَ عَلَى الْإِجْزَاءِ ، وَحَدِيثَ (٥) أَبِي ذَرٍّ عَلَى الْاسْتِحْبَابِ . / وَالسَّيِّدُ مُخَيَّرٌ بَيْنَ أَنْ يَجْعَلَ نَفَقَتَهُ مِنْ كَسْبِهِ ، إِنْ كَانَ لَهُ كَسْبٌ ، وَبَيْنَ أَنْ يَنْفِقَ عَلَيْهِ مِنْ مَالِهِ وَيَأْخُذَ كَسْبَهُ ، أَوْ يَجْعَلَهُ بِرَسْمٍ خِدْمَتِهِ ؛ لِأَنَّ الْكُلَّ مَالُهُ ، فَإِنْ جَعَلَ نَفَقَتَهُ فِي كَسْبِهِ ، فَكَانَتْ وَفَقَ الْكَسْبِ ، صَرَفَهُ إِلَيْهَا ، وَإِنْ فَضَلَ مِنَ الْكَسْبِ شَيْءٌ ، فَهُوَ لِسَيِّدِهِ ، وَإِنْ كَانَ فِيهِ عَوَزٌ ، فَعَلَى سَيِّدِهِ تَمَامُهَا . وَأَمَّا الْكُسُوءُ فَبِالْمَعْرُوفِ مِنْ غَالِبِ الْكُسُوءِ لَأَمْثَالِ الْعَبْدِ ، فِي ذَلِكَ الْبَلَدِ الَّذِي هُوَ بِهِ ، وَالْأَوَّلَى أَنْ يُلْبِسَهُ مِنْ لِبَاسِهِ ؛ لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ : « وَلْيُلْبِسْهُ مِمَّا يَلْبَسُ » . وَيُسْتَحَبُّ أَنْ يُسَاوِيَ بَيْنَ عَبِيدِهِ الذُّكُورِ فِي الْكُسُوءِ وَالْإِطْعَامِ ، وَبَيْنَ إِمَائِهِ إِنْ كُنَّ لِلْخِدْمَةِ أَوْ الْاسْتِمْتَاعِ ، وَإِنْ كَانَ فِيهِنَّ مَنْ هُوَ لِلْخِدْمَةِ ، وَفِيهِنَّ مَنْ هُوَ لِلْاسْتِمْتَاعِ ، فَلَا بَأْسَ بزيادةٍ مَنْ يُرِيدُهَا لِلْاسْتِمْتَاعِ (٦) فِي الْكُسُوءِ ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ حُكْمُ الْعُرْفِ ، وَلأنَّ غَرَضَهُ تَجْمِيلُ مَنْ يُرِيدُهَا لِلْاسْتِمْتَاعِ (٦) ، بِخِلَافِ الْخَادِمَةِ (٧) .

فصل : إِذَا تَوَلَّى أَحَدُهُمْ طَعَامَهُ ، اسْتَحَبَّ لَهُ أَنْ يُجْلِسَهُ مَعَهُ ، فَيَأْكُلُ ، فَإِنْ لَمْ يَفْعَلْ ، اسْتَحَبَّ أَنْ يُطْعِمَهُ مِنْهُ ، وَلَوْ لُقْمَةً أَوْ لُقْمَتَيْنِ ؛ لِمَا رَوَى أَبُو هُرَيْرَةَ ، أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ : « إِذَا كَفَى أَحَدَكُمْ خَادِمُهُ طَعَامَهُ (٧) ، حَرَّةً وَدُخَانَهُ ، فَلْيَدْعُهُ ، وَلْيُجْلِسْهُ مَعَهُ (٨) ،

(٥) فِي أ ، ب ، م زِيَادَةٌ : « خَيْرٌ » .

(٦-٦) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلُ . نَقَلَ نَظَرَ .

(٧) سَقَطَ مِنْ : ب .

(٨) سَقَطَ مِنْ : م .

فإن أباي ، فَلْيَرْوُغْ لَهُ اللَّقْمَةَ وَاللُّقْمَتَيْنِ » . رواه البخاري^(٩) . ومعنى تَرْوِغِ اللَّقْمَةِ ، غَمْسُهَا فِي الْمَرْقِ وَالْدَّسِمِ ، وَتَرْوِغُهَا بِذَلِكَ ، وَيَدْفَعُهَا^(١٠) إِلَيْهِ . وَلأنَّهُ يَشْتَهِيهِ لِحَضُورِهِ فِيهِ ، وَتَوَلَّيْهِ إِيَّاهُ ، وَقَدْ قَالَ اللَّهُ تَعَالَى : ﴿ وَإِذَا حَضَرَ الْقِسْمَةَ أُولُوا الْقُرْبَى وَالْيَتَامَى وَالْمَسَاكِينُ فَارْزُقُوهُمْ مِنْهُ ﴾^(١١) . الْآيَةُ^(١٢) ، وَلأنَّ نَفْسَ الْحَاضِرِ تَتَوَقَّعُ مَا لَا تَتَوَقَّعُ نَفْسُ الْغَائِبِ .

فصل : ولا^(١٣) يجوز أن^(١٤) يُكَلِّفَهُ مِنَ الْعَمَلِ مَا لَا يُطِيقُ ، وَهُوَ مَا يَشْتَقُّ عَلَيْهِ ، وَيَقْرُبُ مِنَ الْعَجْزِ عَنْهُ ؛ لِحَدِيثِ أَبِي ذَرٍّ ، وَلأنَّ ذَلِكَ يَضُرُّ بِهِ وَيُؤْذِيهِ ، وَهُوَ مَمْنُوعٌ مِنَ الْإِضْرَارِ بِهِ .

فصل : ولا يُجْبَرُ الْمَمْلُوكُ عَلَى الْمُخَارَاجَةِ ، وَمَعْنَاهُ أَنْ يَضْرَبَ عَلَيْهِ خَرَجًا مَعْلُومًا يُؤْذِيهِ ، وَمَا فَضَّلَ لِلْعَبْدِ ؛ لأنَّ ذَلِكَ عَقْدٌ بَيْنَهُمَا ، فَلَا يُجْبَرُ عَلَيْهِ ، كَالْكِتَابَةِ . وَإِنْ طَلَبَ الْعَبْدُ ذَلِكَ ، وَأَبَاهُ السَّيِّدُ^(١٥) ، لَمْ يُجْبَرْ عَلَيْهِ أَيْضًا ؛^(١٦) لَمَّا ذَكَرْنَا^(١٧) . فَإِنْ اتَّفَقَا عَلَى ذَلِكَ ،

(٩) في : باب الأكل مع الخادم ، من كتاب الأطعمة . صحيح البخاري ١٠٦/٧ .
كما أخرجه مسلم ، في : باب إطعام المملوك مما يأكل والباسه مما يلبس ولا يكلفه ما يغلبه ، من كتاب الإيمان . صحيح مسلم ١٢٨٤/٣ . وأبو داود ، في : باب في الخادم يأكل مع المولى ، من كتاب الأطعمة . سنن أبي داود ٣٢٨/٢ ، ٣٢٩ . والترمذي ، في : باب ما جاء في الأكل مع المملوك والعيال ، من أبواب الأطعمة . عارضة الأحوذى ٤٤/٨ . وابن ماجه ، في : باب إذا أتاه خادمه بطعامه فليناولها منه ، من كتاب الأطعمة . سنن ابن ماجه ١٠٩٤/٢ . والدارمي ، في : باب في إكرام الخادم عند الطعام ، من كتاب الأطعمة . سنن الدارمي ١٠٧/٢ . والإمام أحمد ، في : المسند ٢٤٥/٢ ، ٢٥٩ ، ٢٧٧ ، ٢٨٣ ، ٢٩٩ ، ٣١٦ ، ٤٠٦ ، ٤٠٩ ، ٤٣٠ ، ٤٦٤ ، ٤٧٣ . وعزاه السيوطي إلى ابن عساكر في : جمع الجوامع ٨٦/١ .

وأقرب الألفاظ إلى ما أورده ابن قدامة ما جاء في المسند ٢٤٥/٢ ، ٢٩٩ ، وجمع الجوامع .

(١٠) في ب : « ودفعها » .

(١١) سورة النساء ٨ .

(١٢) سقط من : الأصل ، ١ .

(١٣-١٣) سقط من : ١ ، م .

(١٤) سقط من : ١ ، م .

(١٥-١٥) سقط من : ب ، م .

جاز ؛ لما رَوَى أَنَّ أَبَا ظُبَيْبَةَ حَجَّمَ النَّبِيَّ ﷺ ، فَأَعْطَاهُ أَجْرَهُ ، وَأَمَرَ مَوَالِيَهُ أَنْ يُخَفَّفُوا عَنْهُ مِنْ خَرَاஜِهِ^(١٦) . وَكَانَ كَثِيرٌ مِنَ الصَّحَابَةِ يَضْرِبُونَ عَلَى رَقِيقِهِمْ خَرَاஜًا ، فَرَوَى أَنَّ الزُّبَيْرَ / كَانَ لَهُ أَلْفٌ مَمْلُوكٍ ، عَلَى كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ كُلُّ يَوْمٍ دِرْهَمٌ^(١٧) . وَجَاءَ أَبُو لَوْلُؤَةَ ٢١٢/٨ وَآمِيرَ الْمُؤْمِنِينَ عُمَرَ بْنِ الْخَطَّابِ ، فَسَأَلَهُ أَنْ يَسْأَلَ الْمُغِيرَةَ بْنَ شُعْبَةَ يُخَفِّفُ عَنْهُ مِنْ خَرَاஜِهِ^(١٨) . ثُمَّ يَنْتَظِرُ ، فَإِنْ كَانَ ذَا كَسْبٍ ، فَجَعَلَ^(١٩) عَلَيْهِ بِقَدْرِ مَا يُفْضَلُ مِنْ كَسْبِهِ عَنْ نَفَقَتِهِ وَخَرَاஜِهِ شَيْءٌ ، جَازٍ ، فَإِنْ لَهَا بِهِ نَفْعًا ، فَإِنَّ الْعَبْدَ يَحْرِصُ عَلَى الْكَسْبِ ، وَرُبَّمَا فَضَّلَ مَعَهُ شَيْءٌ يَزِيدُهُ فِي نَفَقَتِهِ ، وَيَتَسَبَّحُ بِهِ . وَإِنْ وَضَعَ عَلَيْهِ أَكْثَرَ مِنْ كَسْبِهِ بَعْدَ نَفَقَتِهِ ، لَمْ يَجْزُ . وَكَذَلِكَ إِنْ كَلَّفَ مَنْ لَا كَسْبَ لَهُ^(٢٠) الْمُخَارَاجَةَ ، لَمْ يَجْزُ ؛ لِمَا رَوَى عَنْ عُمَانَ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، أَنَّهُ قَالَ : لَا تُكَلِّفُوا الصَّغِيرَ الْكَسْبَ ، فَإِنَّكُمْ مَتَى كَلَّفْتُمُوهُ^(٢١) الْكَسْبَ سَرَقَ ، وَلَا تُكَلِّفُوا الْمَرْأَةَ غَيْرَ ذَاتِ الصَّنِيعَةِ الْكَسْبَ ، فَإِنَّكُمْ مَتَى كَلَّفْتُمُوهَا الْكَسْبَ كَسَبَتْ بِفَرْجِهَا^(٢٢) ، وَلَأنَّهُ مَتَى كَلَّفَ غَيْرَ ذِي الْكَسْبِ خَرَاஜًا ، كَلَّفَهُ مَا يَغْلِبُهُ ، وَقَدْ قَالَ النَّبِيُّ ﷺ : « لَا تُكَلِّفُوهُمْ مَا يَغْلِبُهُمْ » . وَرُبَّمَا حَمَلَهُ ذَلِكَ عَلَى أَنْ يَأْتِيَ بِهِ مِنْ غَيْرِ وَجْهِهِ ، فَلَمْ يَكُنْ لِلْسَّيِّدِ أَخْذَهُ .

فصل : وَإِذَا مَرَضَ الْمَمْلُوكُ ، أَوْ زَمِنَ ، أَوْ عَمِيَ ، أَوْ انْقَطَعَ كَسْبُهُ ، فَعَلَى سَيِّدِهِ الْقِيَامُ بِهِ ، وَالْإِنْفَاقُ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّ نَفَقَتَهُ تَجِبُ بِالْمِلْكِ ، وَلِهَذَا تَجِبُ مَعَ الصَّغِيرِ ، وَالْمِلْكُ بَاقٍ

(١٦) تقدم تخريجه ، في : ١٣٢/٨ .

(١٧) انظر : حلية الأولياء ٩٠/١ .

(١٨) انظر : الطبقات الكبرى ، لابن سعد ٣/٣٤٥ ، ٣٤٧ .

(١٩) في ب ، م : « فيجعل » .

(٢٠) سقط من : ب .

(٢١) في م : « تكلفوه » .

(٢٢) أخرجه الإمام مالك ، في : باب الأمر بالرفق بالمملوك ، من كتاب الاستئذان . الموطأ ٢/٩٨١ . والبيهقي ،

في : باب ما جاء في النهي عن كسب الأمة إذا لم تكن في عمل واصب ، من كتاب النفقات . السنن الكبرى ٩/٨ .

مع العَمَى والزَّمانَةِ ، فَتَجِبُ نَفَقَتُهُ مَعَهُمَا^(٢٣) ، مع عموم التَّصَوُّصِ المذكورة في أوَّل الباب .

١٤٠٩ - مسألة ؛ قال : (وَأَنْ يُزَوِّجَ الْمَمْلُوكَ إِذَا احتَاجَ إِلَى ذَلِكَ)

وجملة ذلك أَنَّهُ يَجِبُ عَلَى السَّيِّدِ إِعْصَافُ مَمْلُوكِهِ ، إِذَا طَلَبَ ذَلِكَ . وهو أَحَدُ قَوْلِي الشَّافِعِيِّ . وقال أبو حنيفة ، ومالك : لَا يُجْبَرُ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّ فِيهِ ضَرَرًا عَلَيْهِ ، وَلَيْسَ مِمَّا تَقُومُ بِهِ الْبِنْيَةُ ، فَلَمْ يُجْبَرْ عَلَيْهِ ، كإِطْعَامِ الْحُلُوءِ . وَلَنَا ، قَوْلُهُ تَعَالَى : ﴿ وَأَنْكِحُوا الْأَيْمَى مِنْكُمْ وَالصَّالِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَإِمَائِكُمْ ﴾^(١) . وَالْأَمْرُ يَقْتَضِي الْوُجُوبَ ، وَلَا يَجِبُ إِلَّا عِنْدَ الطَّلَبِ . وَرَوَى^(٢) عِكْرِمَةُ ، عَنْ ابْنِ عَبَّاسٍ ، قَالَ : مَنْ كَانَتْ لَهُ جَارِيَةٌ ، فَلَمْ يُزَوِّجْهَا ، وَلَمْ يُصَيِّبْهَا ، أَوْ عَبْدٌ فَلَمْ يُزَوِّجْهُ ، فَمَا صَنَعَا مِنْ شَيْءٍ كَانَ عَلَى السَّيِّدِ . وَلَوْلَا وَجُوبُ إِعْصَافِهِمَا لَمَا لَحِقَ السَّيِّدُ الْإِثْمُ بِفَعْلِهِمَا ، وَلَئِنَّهُ مُكَلَّفٌ ، مَحْجُورٌ عَلَيْهِ ، دَعَا إِلَى تَزْوِيجِهِ ، فَلَزِمَتْهُ إِجَابَتُهُ ، كَالْمَحْجُورِ عَلَيْهِ / لِلسَّفَةِ ، وَلِأَنَّ النِّكَاحَ مِمَّا تَدْعُو إِلَيْهِ الْحَاجَةُ غَالِبًا ، وَيَتَضَرَّرُ^(٣) بِفَوَاتِهِ ، فَأُجْبِرَ عَلَيْهِ ، كَالنَّفَقَةِ ، بِخِلَافِ الْحُلُوءِ . إِذَا ثَبَتَ هَذَا ، فَالسَّيِّدُ مُخَيَّرٌ بَيْنَ تَزْوِيجِهِ ، أَوْ تَمْلِيكِهِ أَمَةً يَتَسَرَّاهَا . وَلَهُ أَنْ يُزَوِّجَ^(٤) أَمَتَهُ ؛ لِأَنَّ نِكَاحَ الْأَمَةِ مُبَاحٌ لِلْعَبْدِ مِنْ غَيْرِ شَرْطٍ . وَلَا يَجِبُ عَلَيْهِ تَزْوِيجُهُ إِلَّا^(٥) عِنْدَ طَلَبِهِ ؛ لِأَنَّ هَذَا مِمَّا يَخْتَلِفُ النَّاسُ فِيهِ ، وَفِي الْحَاجَةِ إِلَيْهِ ، وَلَا تُعْلَمُ حَاجَتُهُ إِلَّا بِطَلَبِهِ . وَلَا يَجُوزُ تَزْوِيجُهُ إِلَّا بِاخْتِيَارِهِ ، فَإِنَّ إِجْبَارَ الْعَبْدِ الْكَبِيرِ عَلَى النِّكَاحِ غَيْرُ جَائِزٍ . فَأَمَّا الْأَمَةُ ، فَالسَّيِّدُ مُخَيَّرٌ بَيْنَ تَزْوِيجِهَا إِذَا طَلَبَتْ ذَلِكَ ، وَبَيْنَ أَنْ يَسْتَمْتَعَ بِهَا ، فَيُغْنِيهَا بِاسْتِمْتَاعِهِ عَنْ غَيْرِهِ ؛ لِأَنَّ الْمَقْصُودَ قَضَاءُ الْحَاجَةِ ، وَإِزَالَةُ ضَرَرِ الشَّهْوَةِ ، وَذَلِكَ يَحْصُلُ بِأَحَدِهِمَا ، فَلَمْ يَتَّعَيْنْ أَحَدُهُمَا .

(٢٣) سقط من : ب ، م .

(١) سورة النور ٣٢ .

(٢) في ا ، ب ، م زيادة : « عَنْ » .

(٣) في ب : « أَوْ يَتَضَرَّرُ » .

(٤-٥) سقط من : م .

١٤١٠ - مسألة ؛ قال : (فَإِنْ اِمْتَنَعَ ، أُجْبِرَ عَلَى بَيْعِهِ إِذَا طَلَبَ الْمَمْلُوكُ ذَلِكَ)

وجملته أن السيد إذا امتنع مما يجب للعبد عليه ، من نفقة أو كسوة أو تزويج ، فطلب العبد البيع ، أُجْبِرَ سيده عليه ، ^(١) سواء كان امتناع ^(٢) السيد من ذلك لعجزه عنه أو مع قدرته عليه ^(٣) ؛ لأن بقاء ملكه عليه مع الإخلال ^(٤) بسدّ خلّاته إضرار به ، وإزالة الضرر ^(٥) واجبة ، فوجب ^(٦) إزالته ، ولذلك أبحنا للمرأة فسّخ النكاح عند عجز زوجها عن الإنفاق عليها . وقد روى في بعض الحديث ، عن النبي ﷺ ، أنه قال : « عَبْدُكَ يَقُولُ : أَطْعِمْنِي وَإِلَّا فَبِعْنِي . وَأَمْرُكَ تَقُولُ : أَطْعِمْنِي أَوْ طَلِّقْنِي » ^(٧) . وهذا يدلّ بمفهومه على أن السيد متى وفى بحقوق عبده ، فطلب العبد بيعه ، لم يُجْبِر السيد عليه . وقد نصّ عليه أحمد ، قال أبو داود : قيل لأبي عبد الله ، رَحِمَهُ اللهُ : استباعت المملوكة ، وهو يكسوها ممّا يلبس ، ويطعمها ممّا يأكل . قال : لا ثباع ، وإن أكثر من ذلك ، إلا أن تحتاج إلى زوج ، فتقول : زوجني . وقال عطاء ، وإسحاق ، في العبد يحسن إليه سيده ، وهو يستبيع : لا يبيعه ؛ لأنّ الملك للسيد ، والحق له ، فلا يُجْبِر على إزالته من غير ضرر ^(٨) بالعبد ، كما لا يُجْبِر على طلاق زوجته مع القيام بما يجب لها / ، ولا على بيع بهيمته مع الإنفاق عليها .

٢١٣/٨ و

١٤١١ - مسألة ؛ قال : (وَلَيْسَ عَلَيْهِ نَفَقَةُ مُكَائِبِهِ ، إِلَّا أَنْ يَعْجَزَ)

لا خلاف في أن المكاتب لا تلزم سيده نفقته ؛ لأنّ الكتابة عقد أوجب ملك

(١-٢) سقط من : الأصل . نقل نظر .

(٢) سقط من : ب .

(٣) سقط من : الأصل .

(٤) في م : « الضرر » .

(٥) في الأصل ، ب : « فوجب » .

(٦) أخرجه البخاري ، في : باب وجوب النفقة على الأهل والعيال ، من كتاب النفقات . صحيح البخاري ٨١/٧ .

والإمام أحمد ، في : المسند ٢/٢٥٢ ، ٥٢٤ ، ٥٢٧ .

(٧) في م : « ضرر » .

المُكَائِبِ إِكْسَابَ نَفْسِهِ وَمَنَافِعَهُ ، وَمَنَعَ السَّيِّدَ مِنَ التَّصَرُّفِ فِيهِمَا ، فَلَا يَمْلِكُ اسْتِخْدَامَهُ ، وَلَا إِجَارَتَهُ ، وَلَا إِعَارَتَهُ ، وَلَا أَخْذَ كَسْبِهِ ، وَلَا أَرْشَ الْجِنَايَةِ عَلَيْهِ ، وَلَا يَلْزُمُهُ أَدَاءُ أَرْشِ جِنَايَتِهِ ، فَسَقَطَتْ نَفَقَتُهُ عَنْهُ ، كَمَا لَوْ بَاعَهُ أَوْ أَعْتَقَهُ ، فَإِذَا عَجَزَ ، عَادَ رَقِيقًا قِتًا ، وَعَادَ إِلَيْهِ مِلْكُ نَفْعِهِ ^(١) ، وَأُكْسَابُهُ ، فَعَادَتْ عَلَيْهِ نَفَقَتُهُ ، كَمَا لَوْ اشْتَرَاهُ بَعْدَ بَيْعِهِ .

١٤١٢ - مسألة ؛ قال : (وَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَسْتَرْضَعَ الْأُمَّةَ لِغَيْرِ وَلَدِهَا ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ فِيهَا فَضْلٌ عَنْ رِيَّةٍ)

أَمَّا إِذَا أَرَادَ اسْتِرضاعَ أُمَّتِهِ لِغَيْرِ وَلَدِهَا ، مَعَ كَوْنِهِ لَا يَفْضُلُ عَنْهُ ، فَلَيْسَ لَهُ ذَلِكَ ؛ لِأَنَّ فِيهِ إِضْرَارًا بَوْلَدِهَا ؛ لِتَقْصِيهِ مِنْ كِفَايَتِهِ ، وَصَرَفِ اللَّبَنِ الْمَخْلُوقِ لَوْلَدِهَا إِلَى غَيْرِهِ ، مَعَ حَاجَتِهِ إِلَيْهِ ، فَلَمْ يَجُزْ ، كَمَا لَوْ أَرَادَ أَنْ يَنْقُصَ الْكَبِيرَ مِنْ كِفَايَتِهِ وَمُؤْنَتِهِ . فَإِنْ كَانَ فِيهَا فَضْلٌ عَنْ رِيَّةٍ وَلَدِهَا ، جَازَ ؛ لِأَنَّهُ مَلَكَهُ ، وَقَدْ اسْتَعْنَى عَنْهُ الْوَلَدُ ، فَكَانَ لَهُ اسْتِيفَاؤُهُ ، كَالْفَاضِلِ مِنْ كَسْبِهَا عَنْ مُؤْنَتِهَا ، أَوْ كَمَا ^(١) لَوْ مَاتَ وَلَدُهَا ، وَبَقِيَ لَبَنُهَا .

١٤١٣ - مسألة ^(١) ؛ قال : (وَإِذَا رَهِنَ الْمَمْلُوكُ ، أَتَفَقَّ عَلَيْهِ سَيِّدُهُ)

وَذَلِكَ لِقَوْلِ النَّبِيِّ ﷺ : « الرَّهْنُ مِنْ رَاهِنِهِ ، لَهُ غُنْمُهُ ، وَعَلَيْهِ غُرْمُهُ » ^(٢) . وَنَفَقَتُهُ مِنْ غُرْمِهِ . وَلَأَنَّهُ مِلْكٌ لِلرَّاهِنِ ^(٣) ، وَنَمَاؤُهُ لَهُ ، فَكَانَتْ عَلَيْهِ نَفَقَتُهُ ، كَغَيْرِ الرَّهْنِ . وَقَدْ ذَكَرْتُ هَذِهِ الْمَسْأَلَةَ فِي بَابِ الرَّهْنِ ^(٤) .

١٤١٤ - مسألة ؛ قال : (وَإِذَا أَبَقَ الْعَبْدُ ، فَلِمَنْ جَاءَ بِهِ إِلَى سَيِّدِهِ مَا أَتَفَقَّ عَلَيْهِ)

(١) فِي الْأَصْلِ : « نَفْسُهُ » .

(١) فِي ب ، م ، ن : « وَكَأَنَّ » .

(١) سَقَطَتْ هَذِهِ الْمَسْأَلَةُ مِنْ : ب .

(٢) تَقْدِمْ تَحْرِيجَهُ ، فِي : ٥١١/٦ .

(٣) فِي م : « الرَّاهِنُ » .

(٤) تَقْدِمْ فِي : ٥١٠/٦ ، ٥١١ .

إِنَّمَا كَانَ كَذَلِكَ ؛ لِأَنَّ نَفَقَةَ الْعَبْدِ عَلَى سَيِّدِهِ ، وَقَدْ قَامَ الَّذِي جَاءَ بِهِ مَقَامَ سَيِّدِهِ فِي أَدَاءِ^(١) الْوَاجِبِ عَلَيْهِ ، فَرَجَعَ بِهِ عَلَيْهِ ، كَمَا لَوْ أُذِنَ لَهُ . وَقَالَ الشَّافِعِيُّ : لَا يَرْجِعُ بِشَيْءٍ ؛ لِأَنَّهُ مُتَبَرِّعٌ بِإِنْفَاقٍ لَمْ يَجِبْ عَلَيْهِ . وَلَنَا ، / أَنَّهُ أَدَّى عَنْهُ مَا وَجَبَ عَلَيْهِ عِنْدَ تَعَدُّرِ أَدَائِهِ مِنْهُ ، فَرَجَعَ بِهِ عَلَيْهِ ، كَمَا لَوْ أَدَّى الْحَاكِمُ عَنِ الْمُتَمَتِّعِ مِنَ الْإِنْفَاقِ عَلَى امْرَأَتِهِ مَا يَجِبُ عَلَيْهِ مِنَ النَّفَقَةِ . وَيَتَخَرَّجُ أَنْ لَا يَرْجِعُ بِشَيْءٍ ، بِنَاءً عَلَى الرَّوَايَةِ الْأُخْرَى ، فِي مَنْ أَنْفَقَ عَلَى الرَّهْنِ الَّذِي عِنْدَهُ ، أَوِ الْوَدِيعَةِ ، أَوِ الْجَمَالِ إِذَا هَرَبَ الْجَمَالُ وَتَرَكَهَا مَعَ الْمُسْتَأْجِرِ .

فصل : وَلَهُ تَأْدِيبُ عَبْدِهِ وَأَمَتِهِ إِذَا أَذْنَبَا ، بِالتَّوْبِيخِ ، وَالضَّرْبِ الْخَفِيفِ ، كَمَا يُؤَدَّبُ وَلَدُهُ ، وَامْرَأَتُهُ فِي التَّشْوِيزِ ، وَلَيْسَ لَهُ ضَرْبُهُ عَلَى غَيْرِ ذَنْبٍ ، وَلَا ضَرْبُهُ ضَرْبًا مُبَرِّحًا وَإِنْ أَذْنَبَ ، وَلَا لَطْمُهُ فِي وَجْهِهِ ، وَقَدْ رَوَى عَنْ ابْنِ مُقَرَّرٍ الْمُزَنِيِّ ، قَالَ : لَقَدْ رَأَيْتُنِي سَابِعَ سَبْعَةٍ ، لَيْسَ لَنَا إِلَّا خَادِمٌ وَاحِدٌ ، فَلَطَمَهَا أَحَدُنَا ، فَأَمَرَنَا رَسُولُ اللَّهِ ﷺ بِإِعْتَاقِهَا ، فَأَعْتَقْنَاهَا^(٢) . وَرَوَى عَنْ أَبِي مَسْعُودٍ ، قَالَ : كُنْتُ أَضْرِبُ غُلَامًا مَالِي ، فَإِذَا رَجُلٌ مِنْ خَلْفِي يَقُولُ : « اَعْلَمْ أَبَا مَسْعُودٍ ، اَعْلَمْ أَبَا مَسْعُودٍ » . فَالْتَفَتُ ، فَإِذَا النَّبِيُّ ﷺ يَقُولُ : « اَعْلَمْ أَبَا مَسْعُودٍ ، أَنَّ اللَّهَ أَقْدَرُ عَلَيْكَ مِنْكَ عَلَى هَذَا الْعُلَامِ »^(٣) .

فصل : وَمَنْ مَلَكَ بِهِيمَةً ، لَزِمَهُ الْقِيَامُ بِهَا ، وَالْإِنْفَاقُ عَلَيْهَا مَا تَحْتَاجُ إِلَيْهِ ، مِنْ عَافِيَا ، أَوْ إِقَامَةٍ مَنْ يَرْعَاهَا ؛ لِمَا رَوَى ابْنُ عُمَرَ ، أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ : « عَذِبَتْ امْرَأَةٌ فِي هَرَّةٍ حَبَسَتْهَا ، حَتَّى مَاتَتْ جُوعًا ، فَلَا هِيَ أَطْعَمَتْهَا ، وَلَا هِيَ أَرْسَلَتْهَا تَأْكُلُ مِنْ

(١) سقط من : م .

(٢) أخرجه مسلم ، في : باب صحبة المماليك وكفارة من لطم عبده ، من كتاب الأيمان . صحيح مسلم ١٢٨٠/٣ . وأبو داود ، في : باب في حق المملوك ، من كتاب الأدب . سنن أبي داود ٦٣٤/٢ . والترمذي ، في : باب ما جاء في الرجل يُلطم خادمه ، من أبواب النذور . عارضة الأحوذى ٢٧/٧ . والإمام أحمد ، في : المسند ٤٤٧/٣ ، ٤٤٤/٥ .

(٣) أخرجه مسلم ، في : باب صحبة المماليك وكفارة من لطم عبده ، من كتاب الأيمان صحيح مسلم ١٢٨٠/٣ ، ١٢٨١ . وأبو داود ، في : باب في حق المملوك ، من كتاب الأدب . سنن أبي داود ٦٣٣/٢ . والترمذي ، في : باب النهي عن ضرب الخدم ، من أبواب البر والصلة . عارضة الأحوذى ١٢٩/٨ . والإمام أحمد ، في : المسند ١٢٠/٤ .

(٤) سقط من : أ ، ب ، م .

خَشَّاشِ الْأَرْضِ»^(٥) . مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ^(٦) . فَإِنْ اِمْتَنَعَ مِنَ الْإِثْفَاقِ عَلَيْهَا ، أُجْبِرَ عَلَى ذَلِكَ ، فَإِنْ أَبَى أَوْ عَجَزَ ، أُجْبِرَ عَلَى بَيْعِهَا ، أَوْ ذَبْحِهَا إِنْ كَانَتْ مِمَّا يُذْبَحُ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : لَا يُجْبِرُهُ السُّلْطَانُ ، بَلْ يَأْمُرُهُ^(٧) ، كَمَا يَأْمُرُهُ بِالْمَعْرُوفِ ، وَيَنْهَاهُ عَنِ الْمُنْكَرِ ؛ لِأَنَّ الْبَهِيمَةَ لَا يَثْبُتُ لَهَا حَقٌّ مِنْ جِهَةِ الْحُكْمِ ، أَلَا تَرَى أَنَّهُ لَا تَصِحُّ مِنْهَا الْخُصُومَةُ ، وَلَا يُنْصَبُ عَنْهَا^(٨) خَصْمٌ ، فَصَارَتْ كَالزَّرْعِ وَالشَّجَرِ . وَلَنَا ، أَنَّهَا تَفْقَهُ حَيَوَانَ وَاجِبَةٌ عَلَيْهِ ، فَكَانَ لِلسُّلْطَانِ إِجْبَارُهُ عَلَيْهَا ، كَنَفَقَةِ الْعَبِيدِ ، وَيُفَارِقُ نَفَقَةَ الشَّجَرِ وَالزَّرْعِ ، فَإِنَّهَا لَا تَجِبُ . فَإِنْ عَجَزَ عَنِ الْإِثْفَاقِ ، وَامْتَنَعَ مِنَ الْبَيْعِ ، بَاعَتْ عَلَيْهِ ، كَمَا يُبَاعُ الْعَبْدُ إِذَا طَلَبَ الْبَيْعُ / عِنْدَ إِعْسَارِ سَيِّدِهِ بِنَفَقَتِهِ ، وَكَأَنَّهُ نَفَسَخُ^(٩) نِكَاحِهِ إِذَا أُعْسِرَ بِنَفَقَةِ امْرَأَتِهِ . وَإِنْ عَطِيبَتِ الْبَهِيمَةُ فَلَمْ يَنْتَفِعْ بِهَا ، فَإِنْ كَانَتْ مِمَّا يُؤْكَلُ ، خُيِّرَ بَيْنَ ذَبْحِهَا وَالْإِثْفَاقِ عَلَيْهَا ، وَإِنْ كَانَتْ مِمَّا لَا يُؤْكَلُ ، أُجْبِرَ عَلَى الْإِثْفَاقِ عَلَيْهَا ، كَالْعَبْدِ الزَّامِنِ ، عَلَى مَا ذَكَرْنَاهُ فِي مَا مَضَى . وَلَا يَجُوزُ أَنْ يُحْمَلَ الْبَهِيمَةُ مَا لَا تُطِيقُ ؛ لِأَنَّهَا فِي مَعْنَى الْعَبْدِ ، وَقَدْ مَنَعَ النَّبِيُّ ﷺ تَكْلِيفَ الْعَبْدِ مَا لَا يُطِيقُ^(١٠) . وَلَئِنْ فِيهِ تَعْدِيَةٌ لِلْحَيَوَانَ الَّذِي لَهُ حُرْمَةٌ فِي نَفْسِهِ ، وَإِضْرَارًا بِهِ ، وَذَلِكَ غَيْرُ جَائِزٍ . وَلَا يَحْلِبُ مِنْ لَبَنِهَا إِلَّا مَا يَفْضُلُ عَنْ كِفَايَةِ وَلَدِهَا ؛ لِأَنَّ كِفَايَتَهُ وَاجِبَةٌ عَلَى مَالِكِهِ ، وَلَبَنُ أُمِّهِ مَخْلُوقٌ لَهُ ، فَأَشْبَهَ وَلَدَ الْأُمَةِ .

(٥) خَشَّاشِ الْأَرْضِ : هَوَامِهَا وَحَشَرَاتُهَا .

(٦) أَخْرَجَهُ الْبُخَارِيُّ ، فِي : بَابِ حَدَّثَنَا أَبُو الْيَمَانِ أَخْبَرَنَا شُعَيْبٌ ، مِنْ كِتَابِ الْأَنْبِيَاءِ . صَحِيحُ الْبُخَارِيِّ ٢١٥/٤ . وَمُسْلِمٌ ، فِي : بَابِ تَحْرِيمِ تَعْذِيبِ الْهَرَّةِ وَنَحْوِهَا مِنَ الْحَيَوَانَ الَّذِي لَا يُؤْذِي ، مِنْ كِتَابِ الْبِرِّ وَالصَّلَةِ وَالْآدَابِ . صَحِيحُ مُسْلِمٍ ٢٠٢٢/٤ ، ٢٠٢٣ .

كَمَا أَخْرَجَهُ الْإِمَامُ أَحْمَدُ ، فِي : الْمُسْنَدِ ١٥٩/٢ ، ١٨٨ .

(٧) فِي ب ، م زِيَادَةٌ : « بِهِ » .

(٨) فِي أ ، ب ، م : « عَلَيْهَا » .

(٩) فِي م : « يَفْسَخُ » .

(١٠) تَقْدِيمُ تَحْرِيجِهِ ، فِي صَفْحَةِ ٤٣٤ .